

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MICHELLY NASCIMENTO SILVA

**O CONFLITO ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA:
A PREVALÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

FLORIANÓPOLIS - SC

2008

MICHELLY NASCIMENTO SILVA

**O CONFLITO ENTRE A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA:
A PREVALÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. M^a. Renata Raupp Gomes

FLORIANÓPOLIS - SC

2008



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**O conflito entre a filiação biológica e socioafetiva: a prevalência do afeto nas relações familiares**”, elaborada pela acadêmica **Michelly Nascimento Silva** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota (____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2008.

Presidente: Prof^ª. M^a. Renata Raupp Gomes

Membro: Prof. João Leonel Machado Pereira

Membro: Juliana de Paula Batista

Dedico este trabalho à memória do grande amor da minha vida: meu pai. Ainda que unidos por laços de sangue, é o forte vínculo afetivo que nos manterá sempre juntos, por toda a eternidade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu pai Jairo e ao meu irmão Pablo. Embora ausentes no mundo físico, continuam vivendo nas minhas lembranças. O amor de vocês é o que me fortalece para seguir sempre confiante.

Agradeço a toda a minha família, em especial a minha mãe Maneide e minha irmã Juliany, bem como as minhas afilhadas Victória e Larissa. Esse agradecimento não precisa de explicação, pois meu amor por elas fala por si só.

Ao meu namorado Douglas, obrigada por ter me feito mais feliz nos últimos cinco anos. Meus apaixonados agradecimentos, por todo amor, por toda atenção.

À Vanessa, a quem eu devo por todo o apoio e amizade dispensados, fundamentais para que eu pudesse concluir este curso. Assim como aos meus demais amigos, que suportaram minhas faltas, como a Tatiane, que esteve sempre ao meu lado, ouvindo meus desabafos.

Ao meu chefe, Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge por seu caráter, sua inteligência e seu profissionalismo, exemplos que pretendo seguir.

Às amigas do Ministério Público, Mariana e Tatiana, que ao longo da convivência diária me proporcionaram não só ensinamentos jurídicos e gramaticais, mas também ótimos momentos.

Aos colegas e amigos da faculdade, em particular a Débora, Mileine, Douglas Martins e Gabriela. Agradeço a eles e a todos da turma pelo convívio nos últimos anos, feito de erros e acertos, festas e discussões, momentos que fizeram com que a UFSC fosse um lugar onde eu gostaria de estar.

Agradeço também aos professores e servidores que participaram da minha formação acadêmica, principalmente a minha querida e competente orientadora Professora Mestra Renata Raupp Gomes, que me guiou na elaboração desse trabalho.

Por fim, e não menos importante, gostaria de expressar minha imensa gratidão à Universidade Federal de Santa Catarina, que nos últimos nove anos me conferiu a oportunidade de cursar e concluir duas excelentes e renomadas graduações.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alterou substancialmente as regras vigentes no Direito de Família. Dentre as mudanças operadas, merece destaque o estabelecimento de um novo estatuto da filiação, através do qual se firmou a igualdade irrestrita entre os filhos, independentemente da origem. As modificações operadas pela Carta Maior introduziram no sistema jurídico novos valores nas relações familiares, que influenciaram na determinação de uma filiação alicerçada no afeto, matéria que será o objeto de estudo no presente trabalho. Cumpre, após análise histórica do tratamento que a lei brasileira dispensou à filiação, tratar detidamente da filiação socioafetiva, por meio de suas características, espécies e meio de prova. Convém, ainda, abordar as situações em que a paternidade originada no afeto não pode ser contraposta por aquela de origem biológica. E, ao final, a pesquisa apresentará julgados pertinentes ao estudo do assunto, estabelecendo as hipóteses em que a verdade afetiva deve se sobrepor à verdade genética, ainda que o ordenamento brasileiro silencie acerca desse conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação socioafetiva. Filiação biológica. Afeto. Posse do estado de filho. Origem genética. Direito da personalidade. Princípio da dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>10</u>
<u>1. DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO.....</u>	<u>12</u>
1.1 ESTADO DE FILIAÇÃO.....	12
1.2 HISTÓRICO DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
1.2.1 Código Civil de 1916	14
1.2.2 Leis extravagantes ulteriores ao Código de 1916.....	19
1.2.3 Constituição Federal de 1988.....	21
1.2.4 O Novo Código Civil Brasileiro.....	25
<u>1.3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA FILIAÇÃO.....</u>	<u>26</u>
1.3.1 Critério Jurídico.....	27
1.3.2 Critério Biológico.....	28
1.3.3 Critério Afetivo.....	29
<u>2. O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....</u>	<u>30</u>
2.1 A RELEVÂNCIA DO AFETO.....	30
2.2 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	32
2.2.1 Elementos caracterizadores do Estado de Filho Afetivo	34
2.2.2 Tipos de filiação	38
2.2.2.1 “Adoção à brasileira” ou Reconhecimento voluntário de filiação.....	38
2.2.2.2 Técnicas de procriação medicamente assistidas heterólogas.....	41
2.2.3 Prova da filiação	42
2.2.4 Previsão legal.....	43
<u>3. A PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....</u>	<u>45</u>
3.1 DIREITO DE CONHECER A VERDADEIRA ORIGEM BIOLÓGICA.....	45
3.1.1 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	49
3.1.2 A pré-existência de filiação socioafetiva nas ações de investigação e/ou reconhecimento de paternidade.....	52

<u>3.1.2.1 Os modelos das legislações europeias.....</u>	<u>56</u>
<u>3.2 SUPREMACIA DA FILIAÇÃO DECORRENTE DAS RELAÇÕES AFETIVAS.....</u>	<u>57</u>
<u>CONCLUSÕES.....</u>	<u>63</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>65</u>

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 provocou uma crise de identidade no Direito de Família, na medida em que consagrou a supremacia das relações pessoais em franco detrimento aos aspectos patrimoniais, até então sobrelevados na legislação brasileira cível. A nova ordem constitucional fundou-se em uma série de mandamentos que buscavam proteger, essencialmente, o ser humano, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial.

Em matéria de filiação, a Lei Maior inaugurou uma disciplina jurídica mais ampla, densa e profunda que aquela cristalizada pelo vetusto Código de 1916. Com relação ao Direito de Família, as alterações relativas ao parentesco foram extremamente importantes, pois fez desaparecer a necessária relação entre casamento e legitimidade, derrubando, por conseguinte, as antigas categorias de filhos.

As inovações produzidas pelo constituinte de 1988 foram um reflexo das transformações pelas quais passou a sociedade brasileira. Não mais se podiam admitir leis que distinguiam homens e mulheres, discriminavam filhos em razão de sua origem, nem tampouco aqueles regramentos que fechavam os olhos para entidades familiares cuja origem não decorria da via matrimonial.

Nessa medida, a família vem, paulatinamente, transmutando-se de um conjunto de indivíduos com ancestralidade comum, em que a reunião tem finalidade econômica, política, procracional, religiosa e cultural, para um grupo de seres humanos regidos pelo amor, afeto e comunhão de vidas.

Portanto, não é mais possível falar em Direito de Família sem se remeter à imprescindibilidade do afeto, o qual influenciou, inclusive, a determinação de uma nova filiação - a socioafetiva - que, como o próprio nome retrata, é o tratamento de pai, dispensado a um filho, independente de vínculo legal ou sangüíneo, fruto do sentimento mútuo de carinho e amor.

Com vistas à nova realidade familiar, inspirada no afeto, o presente trabalho de conclusão de curso, intitulado “O conflito entre a filiação biológica e socioafetiva: a prevalência do afeto nas relações familiares”, visa contribuir para a discussão do presente tema.

No primeiro capítulo será abordado o histórico da legislação de Direito de Família, ressaltando as questões relativas ao instituto da filiação. Inicialmente, após sucinta abordagem dos conceitos de filiação e estado de filho, será examinado o Código Civil de 1916, as leis posteriores ao *Codex* civilista, a Constituição de 1988 e o Novo Código Civil Brasileiro, promulgado em 2002. Na seqüência serão tratados os diferentes critérios definidores da filiação, quais sejam: o jurídico, o biológico e o afetivo.

No capítulo seguinte, cuidar-se-á da relevância do afeto, da construção da filiação socioafetiva, bem como as características e meios de prova desse novo instituto do Direito de Família. Cumprirá, ainda nessa parte, delimitar o tema, levantando duas situações em que a ocorrência de filiação socioafetiva não coincide com a biológica, abrindo margem para conflitos futuros: a adoção à brasileira e as técnicas de procriação medicamente assistidas em que é utilizado material genético de um doador anônimo. Em ambos os casos, a pesquisa se restringirá a relação socioafetiva decorrente do relacionamento entre pai e filho.

E, finalmente, o trabalho discutirá a prevalência da filiação afetiva quando contraposta pela verdade biológica, apresentando julgados e relacionando esse conflito com o direito de dignidade da pessoa humana, e outros temas correlatos.

Resumidamente, a proposta da presente monografia é a afirmação do afeto como circunstância apta a estabelecer a real filiação, uma vez que somente desse modo é possível garantir o exercício pleno e responsável da relação paterno-filial. Por outro lado, a busca pela origem biológica deve continuar sendo albergada pelo Direito, pois ter acesso aos caracteres hereditários é um direito personalíssimo que não deve ser tolhido do ser humano. Questionáveis, entretanto, são as situações em que, comprovadamente, o filho/investigante já detém o estado de posse de filho socioafetivo e o “genitor” é convertido em “pai real”, em prejuízo do “pai do coração”, alterando-se o registro civil e as conseqüências jurídicas advindas do reconhecimento de paternidade.

Desse modo, justifica-se o trabalho de conclusão de curso pela importância e contemporaneidade da temática apresentada, que intenciona abordar a relevância do afeto nas relações familiares.

Por derradeiro, insta salientar que serão utilizadas, como base metodológica para a elaboração do presente estudo, as disposições referentes à Normalização de Trabalhos constantes no site da Biblioteca Universitária da Universidade Federal de Santa Catarina.

1. DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO

1.1 ESTADO DE FILIAÇÃO

Na tradição do Direito de Família brasileiro, o legislador não se preocupou em definir filiação, ocupando-se, tão-somente, do conceito de parentesco.¹ Coube então a doutrina elaborar um conceito de filiação, valendo-se do que já estava disposto com relação ao parentesco.

Diversos civilistas, tais como Washington de Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues e Pontes de Miranda, construíram definições convergentes, concluindo que a filiação se refere à relação que une uma pessoa àquelas que a geraram.²

Na mesma linha seguem outros autores, a destacar Zeno Veloso, estudioso da matéria, o qual dispõe que “filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos; [...] a principal e mais próxima relação de parentesco.”³

O jurista Caio Mário da Silva Pereira assim conceitua filiação:

A filiação é um fenômeno excepcionalmente complexo. Antes de tudo biológico, é examinado pelos cientistas como forma de perpetuação das espécies; é um fenômeno fisiológico, um objeto de indagações sociológicas e históricas, um capítulo da Higiene e da Eugenia. Pertence ao mundo físico e ao mundo moral (*Dusi*), exprime simplesmente o fato do nascimento e a situação de ser filho, e, num desenvolvimento semântico dentro da Ética, traduz um vínculo jurídico. Compreende simultaneamente o fato concreto da procriação e uma relação de direito.⁴

Uma vez compreendido o significado do termo filiação, importante avançar, abordando o significado da expressão “estado de filho”. Nos dizeres de Lôbo, o estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.⁵

¹ Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. (dispositivo do Código Civil de 2002 com mesma redação do art. 330 do Código de 1916).

² BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

³ VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 07.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 01.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em 23 maio 2008.

Conforme aduz Pereira, “O estado da pessoa é seu modo particular de existir, sua condição individual na sociedade, do qual derivam direito e obrigações.”⁶

Desse modo, tem-se que o estado de filiação pode ser considerado o *status* de filho que um indivíduo mantém no contexto da comunidade familiar em que se encontra inserido.

Trata-se, o estado de filho, de um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível. Da primeira característica decorre que somente o filho pode iniciar a ação, os seus descendentes apenas poderão lhe dar prosseguimento⁷. Nem mesmo a mãe, ou o tutor, são partes legítimas para figurar no pólo ativo do processo de reconhecimento de paternidade, podendo, tão-somente, atuar como representante ou assistente legal do filho ou tutelado, figurando o filho na qualidade de autor da demanda. Dessa forma, por ser um direito personalíssimo, a legitimação ativa é exclusiva do filho ou seu representante legal, enquanto durar a incapacidade.⁸

A imprescritibilidade é o caractere que garante ao filho a possibilidade de demandar a ação de investigação de paternidade contra o pai, ou até mesmo em face dos herdeiros deste, a qualquer tempo.⁹

Outro aspecto importante diz respeito à irrenunciabilidade do direito ao estado de filiação, já que ao filho é vedado dispor, de qualquer modo, deste direito. Dessa característica sucede que o reconhecimento voluntário da paternidade somente poderá ser operado pelo próprio pai, não sendo possível que os herdeiros venham a reconhecer o filho do genitor falecido.¹⁰

Após este breve esboço sobre a filiação e o estado de filho, importante traçar a sucessão temporal destes institutos na legislação pátria.

⁶ Pereira, 1996, p. 51.

⁷ O art. 1.606 do Código Civil de 2002 prevê que a ação da prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros se morrer menor ou incapaz

⁸ VENCELAU. Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação:** entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 225.

⁹ Ibid., p. 225.

¹⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade:** posse de estado de filho: paternidade sócio afetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 59.

1.2 HISTÓRICO DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito de Família, ramo do Direito Civil, sofreu uma série de transformações ao longo do último século. À medida que a sociedade brasileira evoluía seus valores, o Direito, na ânsia de acompanhar essas mudanças, alterou, ainda que paulatinamente, seus regramentos.

Para compreender o contexto atual do Direito de Família, principalmente no que se refere à filiação, necessário estabelecer uma análise histórica desse instituto, partindo do Código Civil de 1916 até o Novo Código Civil Brasileiro, com destaque para as modificações operadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.2.1 Código Civil de 1916

A codificação civilista do início do século XX, inspirada na ideologia liberal-burguesa propagada pela Revolução Francesa e positivada pelo Código Civil Francês de 1804 (conhecido como “Código de Napoleão”), retratava o modelo familiar da minoria branca, de origem européia, que compunha a elite patriarcal e escravagista do período.

Em que pese tenha sua promulgação ocorrida no ano de 1916, e, portanto, já sob a égide da primeira Constituição Republicana¹¹, o Código Civil ainda apresentava forte vinculação com os preceitos do catolicismo – religião oficial do período monárquico, notadamente em aspectos relativos ao Direito de Família.

Nesse norte, oportuno o ensinamento de Renata Raupp Gomes ao comentar a presença de aspectos religiosos:

Salienta-se todavia, que, não obstante ter conscientizado o Estado da importância do casamento, e, conseqüentemente da família, e, apesar da separação Estado-Igreja, a influencia do direito canônico está presente em grande parte dos institutos de direitos de família, retratados em nossa legislação civil.¹²

A família patriarcal e hierarquizada, constituída a partir do matrimônio, retratada pelo Código de 1916, representava, tão-somente, uma parcela minoritária da população,

¹¹ A primeira Constituição Republicana foi promulgada em 1890.

¹² GOMES, Renata Raupp. **A construção do Novo Paradigma Jurídico-Familiar na Ordem Constitucional de 1988**. 1996. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – especialidade Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996, p. 37.

composta pelos grandes proprietários de terras. À margem do sistema estavam todas as demais entidades familiares, nascidas fora do casamento e, portanto, desprovidas de qualquer proteção legal.

A ausência de previsão de outras organizações familiares corroborou com a tese de que a codificação da família no Brasil deu-se de forma imposta, refletindo exclusivamente o paradigma familiar das elites dominantes, importado de Portugal, desconsiderando, inclusive, a pluralidade de culturas que compunham a população brasileira. Enfim, a codificação de 1916 foi constituída para a família branca, de origem européia, ignorando toda e qualquer influência negra ou indígena, já bastante forte no período.¹³

Partindo dessa exígua explanação acerca da sociedade brasileira da época, elencam-se alguns princípios que compunham o Livro I da Parte Especial, o qual se dedicava ao estudo do Direito de Família. São eles, de acordo com Gomes:

I - valorização da liberdade, no sentido do homem livre-proprietário ter o poder de aquisição, domínio e transferência da propriedade, significando a patrimonialização das relações familiares;

II – preponderância do homem sobre a mulher na sociedade conjugal e afirmação de seu poder marital paterno, como fortalecimento do modelo hierarquizante da família patriarcal;

III – exclusão da ordem jurídica dos filhos “ilegítimos”, ou seja, os não provenientes de um anterior casamento regular entre os pais (legítimos), ou mesmo posterior à filiação (legitimados);

IV – não reconhecimento nenhuma forma de organização familiar, não constituída pelo casamento civil (matrimonialização da família).¹⁴ (sem grifo no original)

Ao presente trabalho, importa tratar o terceiro elemento, que analisa o tema da filiação no regramento cível.

Como dito acima, os filhos eram classificados em conformidade com o estado civil de seus pais. Sendo estes casados, aqueles eram considerados filhos *legítimos*, eis que procediam de justas núpcias. Já os filhos gerados fora do matrimônio eram chamados de *ilegítimos*. Estes se subdividiam em: *naturais*, quando os pais não eram impedidos de casar, podendo estes serem posteriormente legitimados com o matrimônio de seus genitores, ou *espúrios*, quando os pais eram impossibilitados de contrair núpcias.

¹³ Gomes, 1996, p. 35-36.

¹⁴ *Ibid.*, p. 41.

Os filhos espúrios eram ainda divididos em *adulterinos*, se um ou ambos os pais eram casados com outrem, ou *incestuosos*, se decorresse de parentes próximos, como o filho de uma irmã e um irmão, por exemplo.¹⁵

Nota-se que a própria formatação do Código exprimia uma hierarquia entre as diversas filiações. No Título referente às relações de parentesco, as modalidades de filiação eram sistematizadas em capítulos separados, tratando, primeiramente, da filiação legítima, no capítulo seguinte a legitimação, no subsequente o reconhecimento dos filhos ilegítimos, e na seqüência a adoção, encerrando com um Capítulo sobre alimentos.¹⁶

Com efeito, o matrimônio válido conferia ao filho o *status* de filho legítimo, até porque, naquele tempo, não havia exames científicos capazes de averiguar a paternidade biológica. Em razão da presunção *pater is est*, o filho da mulher casada era considerado descendente do marido¹⁷.

Preleciona Caio Mário que, “não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a idéia de filiação num ‘jogo de presunções’, a seu turno fundadas numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em consequência, ‘presume-se filho o concebido na Constancia do casamento’. Esta regra já vinha proclamada no Direito Romano: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*”.¹⁸

Esta suposição não era suprimida sequer pela confissão de cometimento de adultério por parte da esposa¹⁹. Além disso, prescrevia o Código de 1916 que a possibilidade de contestar a paternidade dos filhos cabia, privativamente ao marido²⁰, se comprovado que não podia coabitar com a mulher no período legal da concepção ou se dela estava separado

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. VI: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 273.

¹⁶ Vencelau, 2004, p. 13

¹⁷ Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

¹⁸ Gonçalves, op. cit., p. 274.

¹⁹ Art. 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole.

²⁰ Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3º).

legalmente²¹. Ao filho legítimo, procedido do matrimônio, era denegado o direito de buscar eventual paternidade consanguínea.

No que tange ao reconhecimento dos filhos ditos ilegítimos, aos naturais havia a possibilidade de serem legitimados – mediante casamento posterior dos ascendentes – passando a estar igualados aos legítimos, inclusive em matéria sucessória, ou reconhecidos em ações próprias. Tal perfilhação poderia ser voluntária (sendo eficaz somente quando emanado pelo pai) ou compulsória, de acordo com os ditames dos artigos 363 e seguintes do Capítulo IV do Livro da Família²².

É certo que “esse apego à *legitimidade* dos filhos parece fundar-se mais em bases patrimoniais que na ausência de instrumentos científicos”²³ existentes para conferir certeza a paternidade biológica.

O artigo 358, em sua redação original, cujo texto somente foi expressamente revogado pela Lei n. 7.841, de 17-10-1989, prescrevia que “os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos”.

Consoante aduz Dias,

a necessidade social de preservação do núcleo familiar – ou melhor, preservação do patrimônio da família – levou a lei a catalogar os filhos de forma absolutamente cruel, fazendo uso de uma terminologia encharcada de discriminação, distinguindo filhos naturais, ilegítimos, espúrios, adúlteros e incestuosos.²⁴

²¹ Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

²² Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai;

II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;

III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Art. 364. A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358).

Art. 365. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação da paternidade, ou maternidade.

Art. 366. A sentença, que julgar procedente a ação de investigação, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; podendo, porém, ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia daquele dos pais, que negou esta qualidade.

Art. 367. A filiação paterna e a materna podem resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

²³ Vencelau, 2004, p. 17.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese n.15, p. 5-14, out. 2002. p. 06.

Cumpra ainda comentar a filiação civil decorrente da adoção. Os filhos adotivos atuavam como substitutos para a prole que, por alguma razão, um casal foi incapaz de conceber naturalmente. Tanto era esse o pensamento dominante que apenas os maiores de 50 anos, sem descendentes legítimos ou legitimados, podiam adotar.

Sobre o tema, afirma Gomes ao comentar este preceito legal:

Ao contrário do que denotam essas regras, a adoção é instituto de incomensurável relevância social e humanitária, não podendo, pois, ser entendida como um mero negócio jurídico, sujeito, inclusive, à revogação (art. 374, CC). Deve-se, outrossim, conceber a adoção como uma ficção legal, capaz de imitar, em toda a sua extensão, a filiação biológica.²⁵

Os óbices à adoção foram abrandados pela Lei n. 3.133 de 08-05-1957, que alterou o referido dispositivo²⁶.

Ainda que inicialmente os filhos adotivos figurassem como uma eventual “saída” aos casais estéreis, salienta-se que o temor de que os adotantes poderiam, posteriormente, gerar filhos “legítimos”, que concorreriam em iguais condições com os adotivos, levou o legislador a determinar que, na sucessão hereditária, a cota parte destes seria a metade daqueles²⁷. A mesma regra também era válida para os filhos naturais reconhecidos na constância do casamento.

Em suma, o Código Civil de 1916 procurou proteger e perpetuar a família edificada através do casamento indissolúvel, ainda que para tanto fosse necessário inserir no ordenamento “a histórica e odiosa discriminação, justificada pela proteção legislativa à chamada família legítima estabelecida pela união matrimonializada, em detrimento dos filhos nascidos de relação extraconjugal”.²⁸

Nesse sentido, ao comentar o tratamento que a lei civilista do início do século dispensou à filiação, criando diferenciações preconceituosas entre os filhos, discorre Renata Raupp Gomes:

De fundamental importância para o direito e para a sociedade é a questão relativa aos filhos, que não só dão continuidade à família como perpetuam a

²⁵ Gomes, 1996, p. 56.

²⁶ Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.

²⁷ Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§ 1º Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).

§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

²⁸ Boeira, 1999, p.30.

espécie humana, constituindo-se em uma amostra do futuro da humanidade. [...] Por este motivo, o Código Civil, através de uma série de presunções legais, tem como certa a filiação concebida na constância da sociedade conjugal dos genitores. Na ânsia de preservar, moral e patrimonialmente a família legítima, elege-se como princípio absoluto a verdade jurídica, apenas um dos aspectos que circunda o difícil fenômeno da procriação²⁹.

Aduz-se, pelo relato, que o legislador de 1916, preocupado exclusivamente com aspectos patrimoniais, faliu ao criar categorias de filhos, segmentando-os consoante a concepção. A forçosa atualização legal se deu através de leis esparsas que trataram temas específicos da filiação, sendo que as mais relevantes serão abordadas a seguir.

1.2.2 Leis extravagantes posteriores ao Código de 1916

Convém, ao presente trabalho, descrever brevemente algumas leis posteriores à vigência do modelo codificado de 1916 que trouxeram importantes alterações ao instituto da filiação.

O Decreto-lei n. 4.737 de 24-09-1942, em atenção às modificações trazidas pela Constituição de 1937³⁰, regrou o reconhecimento dos filhos naturais adulterinos, até então vedado. Em seu artigo 1º disciplinava que “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare a sua filiação”. Como o Código de 1916 já tratava do reconhecimento dos filhos ilegítimos naturais, esta lei só poderia estar se referindo aos filhos gerados em relacionamentos adulterinos.

Após uma análise mais detida, constata-se que apenas os filhos nascidos da infidelidade paterna poderiam vir a ser reconhecidos. “Isto porque a situação de filho adulterino *a matre* era a de filho *legítimo* do marido, *legitimidade* protegida pela quase absoluta presunção *pater is est*.”³¹

A doutrina da época questionou ainda o fato deste dispositivo fazer referência apenas ao desquite, quando, em verdade, existem outras causas de extinção da sociedade conjugal ainda mais profundas, como a morte e a anulação³². Esta complementação da norma foi objeto da Lei n. 883 de 21-10-1949, que revogou o Decreto-lei de 1942. Além da alteração

²⁹ Gomes, 1996, p. 51.

³⁰ Art. 126 Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

³¹ Vencelau, 2004, p. 24.

³² *Ibid.*, p. 24.

já mencionada³³, esta legislação, conferiu direito sucessório ao filho adulterino reconhecido, equivalente a metade da herança que se destinaria ao filho legítimo do autor da herança³⁴.

Na seqüência, no ano de 1977, foi sancionada a “Lei do Divórcio” (Lei n. 6.515 de 26-12-1977), a qual apresentou uma série de inovações ao Direito de Família, notadamente com relação à dissolução da sociedade conjugal. No que se refere à filiação, a Lei 6.515 permitiu, ao alterar a redação de alguns dispositivos da Lei 883³⁵, que por meio de testamento cerrado, qualquer um dos cônjuges pudesse reconhecer durante o matrimônio o filho havido de um relacionamento adulterino.

Ressalta Veloso, ao comentar a afirmação de que o testamento cerrado é irrevogável na parte em que se manifesta o reconhecimento da filiação, que tal dispositivo possui escassa utilidade prática, visto que os testamentos cerrados revogam-se, no geral dos casos, rasgando-se, queimando-se, destruindo-se o instrumento, nada restando para a verificação futura, sendo materialmente impossível saber-se o que o documento continha.³⁶

Ao final, destaca-se a Lei 7.250 de 14-11-1984 que alterou o art. 1º da Lei n. 883, pelo qual se admitiu mais uma possibilidade de reconhecimento do filho adulterino, desde que o cônjuge-ascendente estivesse separado de fato há pelo menos cinco anos contínuos.

Acerca da evolução da filiação no direito pátrio, estas foram as mais importantes alterações legais até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como se verá a seguir, a “constitucionalização” do Direito de Família inaugurou uma nova fase na disciplina da filiação, partindo da premissa que todos os filhos são iguais perante a lei.

³³ Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação.

³⁴ Art. 2º O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.

³⁵ Art 51 - A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações:

1) "Art. 1º.

Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável."

2) "Art. 2º - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições."

3) - "Art. 4º.

“Parágrafo único - Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.”

4) "Art. 9º - O filho havido fora do casamento e reconhecido pode ser privado da herança nos casos dos arts. 1.595 e 1.744 do Código Civil."

³⁶ Veloso, 1997, p. 82.

1.2.3 Constituição Federal de 1988

Promulgada em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou um capítulo para regular os direitos da família, da criança, do adolescente e do idoso (arts. 226 a 230).

A Lei Maior operou uma profunda reforma nos institutos do Direito de Família, que já estavam obsoletos diante da evolução da sociedade brasileira. Ainda subsistiam velhos preceitos legais autoritários e discriminatórios que foram definitivamente sepultados pela nova ordem constitucional. Conforme Veloso, “a Carta de 1988 reformou este vetusto edifício, democratizando a família.”³⁷

Dentre as principais alterações, destacam-se a união estável e a família monoparental elevadas à categorização de entidade familiar³⁸; a isonomia jurídica entre os cônjuges³⁹; e a equiparação dos filhos, independente de serem ou não concebidos na constância do casamento⁴⁰.

No que diz respeito à pluralidade de entidades familiares, aduz-se que a Constituição de 1988 abandonou o termo “família legítima”, e, ao conceituar a família como base da sociedade, incluiu não só aquela derivada do matrimônio, mas também as novas formas de conjugalidade, como a união estável⁴¹ e a consideração da família monoparental^{42, 43}.

Reconheceu a Carta Maior a igualdade entre os cônjuges, com relação aos deveres e direitos da família. Desse mandamento exsurge, por exemplo, que o poder familiar dos filhos do casal será exercido conjuntamente por ambos. É o que se convencionou chamar de “família democrática”, a qual, nos dizeres de Gomes, propicia maior união entre marido e mulher, que passam a discutir e resolver os problemas em pé de igualdade, em uma direção

³⁷ Veloso, 1997, p. 88.

³⁸ Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³⁹ Art. 226 [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁴⁰ Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴¹ Entidade familiar formada somente por casais, ou por casais e filhos, sem o vínculo do casamento.

⁴² Família constituída apenas por pai ou mãe e seus filhos.

⁴³ Gomes, 1996, p. 72.

diárquica da família, sendo que a vontade de nenhum deles prevalece legalmente sobre a do outro, cabendo ao Poder Judiciário o julgamento de litígios.⁴⁴

Acerca da aplicabilidade das normas e princípios constitucionais no que se refere à igualdade entre os cônjuges, Lôbo assinala que

no caso do direito de família, os preceitos da Constituição que impõe igualdade entre homem e mulher e entre cônjuges são auto-executáveis e bastantes entre si. Todas as normas que instituíram direitos e deveres entre os cônjuges restaram revogadas integralmente. Apenas desse modo, o intérprete não invade o campo próprio do legislador, evitando expandir direitos antes atribuídos apenas ao marido ou à mulher.⁴⁵

O legislador constituinte instituiu, ainda, um novo estatuto da filiação, por meio do qual os filhos são considerados iguais, sendo vedada qualquer distinção discriminatória no tocante à filiação. Em virtude da redação do § 6º do art. 226, hoje se tem a ampla e irrestrita isonomia jurídica entre os filhos, independente do tipo de vínculo existente entre os pais, e independente até de ser a filiação de origem biológica ou civil (adotiva)⁴⁶.

Isto posto, infere-se que o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja a sua procedência. A norma constitucional não estabelece vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão-somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos.⁴⁷

1.2.3.1 Princípios constitucionais da família

Não há que perder de vista que o Direito de Família permanece integrante ao ramo do direito privado, em virtude dos sujeitos, da natureza das relações e dos conteúdos que regula. Todavia, conforme alerta Veloso, com o advento da Constituição de 1988, foram elevados ao nível constitucional vários princípios referentes ao Direito de Família, como a igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, por exemplo. Entretanto, não significa dizer que, em razão desse fenômeno, os institutos mencionados migraram para o direito público. Ao contrário, continuam sendo figuras do direito privado, cujos fundamentos e princípios, não

⁴⁴ Gomes, 1996, p. 83.

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal v.141, p. 99-109, jan. 1999. p. 104.

⁴⁶ Gomes, op. cit., p. 84.

⁴⁷ Vencelau, 2004, p. 45.

obstante, estão mencionados na Carta Magna. A sistemática constitucionalização de princípios gerais não determinou a passagem automática das instituições privadas para o direito público.⁴⁸

E o citado jurista complementa que o Direito de Família, em virtude da crescente publicização de suas regras e do interesse cada vez mais evidente do Estado na sua normatização, embora integrado ao ramo do direito privado, apresenta, como um ser anfíbio, simultaneamente características privatísticas e publicísticas.⁴⁹

A penetração dos preceitos da Carta Federal nas relações provenientes do direito de família é resultado da evolução da entidade familiar, antes matizada por interesses patrimoniais, e, atualmente, vincada por outros interesses de cunho pessoal e humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade.⁵⁰ Tal fenômeno ocorreu através da determinação de novos critérios hermenêuticos. As leis devem ser interpretadas sob o prisma dos princípios constitucionais. Este novo método é conhecido como a “constitucionalização do direito civil”.

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.⁵¹

Em linhas gerais, significa dizer que as normas de direito de família que não se coadunam com o ordenamento constitucional são consideradas não recepcionadas. Na eventual incompatibilidade entre uma norma civilista e outra constitucional, ainda que a primeira pertença ao direito privado e a segundo ao direito público, a interpretação deve ocorrer em consonância com os princípios constitucionais da família, conforme assegura Dias:

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a **dignidade da pessoa humana** foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF 1.º, III), o positivismo tornou-se insuficiente. As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao proteger que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o

⁴⁸ Veloso, 1997, p. 89.

⁴⁹ Ibid., p. 89.

⁵⁰ Lôbo, 2004, p. 255.

⁵¹ Id., 1999, p. 109.

sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas.⁵²

O alicerce dos princípios constitucionais que permeiam o Direito de Família, sem qualquer dúvida, é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Trata-se de verdadeiro fundamento da ordem jurídica, através do qual fica evidente a escolha expressa do constituinte pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Consoante assinala Dias, este “fenômeno provocou a **despatrimonialização** e a **personalização** dos institutos de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.”⁵³

Decorrem do *princípio da liberdade*, no que importa ao estudo da filiação, a necessidade de o adotado, completos doze anos de idade, anuir com a adoção⁵⁴ e a possibilidade do filho impugnar o reconhecimento levado a efeito enquanto ainda era menor de idade⁵⁵, faculdade antes conferida somente ao pai.⁵⁶

A supremacia do *princípio da igualdade* alcançou também os vínculos filiais, ao proibir qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção. Na mesma esteira, está o *princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos*, através do qual se tem que crianças, adolescentes e idosos – em razão da fragilidade e vulnerabilidade que lhes é inerente – devem ser destinatários de um tratamento especial.⁵⁷

Há ainda que destacar o *princípio da afetividade*. Segundo Paulo Lôbo, citado por Dias, é possível identificar na Constituição Federal quatro fundamentos essenciais desse princípio: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem; (b) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos; (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade familiar; e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.⁵⁸

A consagração do afeto a direito fundamental enfraqueceu a resistência dos juristas que ainda não admitem a igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. O

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 48.

⁵³ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁴ Art. 45, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8069 de 13 de julho de 1990).

⁵⁵ Art. 1.614 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

⁵⁶ Dias, loc. cit.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 57.

⁵⁸ Dias, 2006, p. 60

princípio jurídico da afetividade fez despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser importunado pela preponderância de interesses meramente patrimoniais.⁵⁹

Enfim, a Lei Maior inaugurou uma nova forma de pensar a família, desvinculando de seu conceito aspectos patrimoniais, discriminatórios e impessoais para uma definição mais próxima da realidade social. A nova face da família está voltada ao indivíduo, seus anseios, necessidades e aspirações. E é nesta nova família, lapidada pelo ordenamento constitucional, que emerge a afetividade como o principal norte da relação entre familiares, em especial, nos relacionamentos paterno-filiais.

1.2.4 O Novo Código Civil Brasileiro

Com o advento da nova ordem constitucional, o Código Civil de 1916, especialmente no tocante ao Direito de Família, apresentou um imenso descompasso legislativo, não só com as normas constitucionais, mas, principalmente, com os significantes axiológicos da família contemporânea⁶⁰.

Nessa medida, o Novo Código Civil não apresentou grandes inovações, limitando-se, em grande parte dos dispositivos referentes à filiação, a transcrever o que foi editado na Carta Magna de 1988.

Discorre Gonçalves que todas as mudanças havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação de filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.⁶¹

⁵⁹ Dias, 2006, p. 60.

⁶⁰ Vencelau, 2004, p. 51-52.

⁶¹ Gonçalves, 2005, p. 17-18.

Importa anotar que o novo *Codex* aumentou as possibilidades de presunção de concepção, revelando um apreço expressivo a questões relativas à procriação medicamente assistida:

Acresceu o novo Código mais hipóteses de presunção de concepção. Diz o art.1.597⁶² que também se presumem concebidos na constância do casamento (presumindo-se, por interpretação, filhos do marido da mãe) os filhos havidos por inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excendentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido.⁶³

Outra novidade sobre a filiação está no art. 1.601⁶⁴, o qual prevê a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, diverso da previsão do antigo código, que fixou um prazo de dois ou três meses, conforme estivesse presente ou não o marido da mãe.⁶⁵

No mais, mantiveram-se algumas determinações constantes no Código de 1916: a) o adultério da mulher, ainda que confessado, não é capaz de excluir a paternidade do marido (arts. 1.600 e 1.602); b) a prova de filiação através da certidão de nascimento somente pode ser desconstituída se comprovado o erro ou falsidade do registro (arts. 1.602 e 1.603); c) e a atribuição exclusiva do filho para a ação de prova de filiação (art. 1.606).

1.3 A DISCIPLINA JURÍDICA DA FILIAÇÃO

Contemplando a estrutura etimológica da palavra filiação, tem-se que deriva do latim *filiatio*, significando o liame existente entre um indivíduo e seu pai ou mãe, pelo fato de

⁶² Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excendentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁶³ CARVALHO NETO, Inácio de. A filiação no Novo Código Civil. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX n. 124, p. 42-43. mar. 2002. p. 42.

⁶⁴ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

⁶⁵ Art. 178. Prescreve:

§ 3º Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 338 e 344).

§ 4º Em 3 (três) meses:

I - a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo;

esses terem dado vida àquele. Numa segunda acepção, de enfoque sociológico, filiação é o resultado auferido nas relações interpessoais estabelecidas em torno do desejo de alcançar a perpetuação.⁶⁶

A filiação pode ter origem a partir de três verdades fundantes: a filiação jurídica, determinada pela presunção *pater is est*, a biológica, que se revela, na atualidade, através do exame de DNA e, a socioafetiva, que vem a ser aquela fundada nos laços de afeto, construída na convivência diária, quando o pai dispensa ao filho todos os cuidados materiais e imateriais que ele necessita.

1.3.1 Critério Jurídico

Filho, na acepção jurídica, é aquele que a lei reconhece como sendo filho do pai e da mãe. A base desse critério é a funcionalização das relações familiares alicerçadas na união legal de um homem e uma mulher, tanto que juridicamente o filho poderia ser legítimo ou ilegítimo, conforme comentado alhures.

O legislador, ao listar situações em que se presumem quem são os pais do filho gerado na constância do casamento, criou a figura do “filho presumido”, aquele cuja concepção se deu na constância do matrimônio, considerando o nascido pelo menos 180 dias após as núpcias ou 300 dias depois da sua dissolução.

Tal presunção prestigiava a família, o único reduto em que era aceita a procriação. Desvinculou-se a lei da verdade biológica, criando uma paternidade jurídica baseada exclusivamente no fato de alguém haver nascido no âmago da família constituída pelos laços “sagrados” do matrimônio. Significa dizer que para a ciência jurídica, a paternidade é calcada na *moral familiar*. Como afirma Taisa Maria Macena Lima, citada por Maria Berenice Dias, “verdade e ficção se confundem no vínculo jurídico paterno-filial”.⁶⁷

Dessa forma, o legislador estabeleceu para certos indivíduos um *status* de filho, obtido mediante a presunção de paternidade, o reconhecimento voluntário ou forçado da filiação, e a adoção.⁶⁸

⁶⁶ DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 151 p. p. 26-27.

⁶⁷ Dias, 2002, p. 05-06.

⁶⁸ Vencelau, 2004, p. 67.

1.3.2 Critério Biológico

Com o avanço da engenharia genética, em especial após o advento do exame de DNA, filho – pelo critério biológico-científico – é aquele que detém os genes do pai e da mãe.

Salienta Dias que os avanços da ciência permitiram a identificação da verdade biológica com altíssimo grau de certeza, por meio dos marcadores genéticos do DNA. Dita possibilidade ocasionou uma reviravolta nos vínculos de filiação, desencadeando uma corrida na busca da filiação natural em substituição à verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções legais.⁶⁹

Além disso, surgiram novas formas de reprodução medicamente assistida, através das quais, por meio da manipulação biológica, pode-se gerar no ventre da mulher, com a anuência do marido, filho cujos genes são de um estranho à relação, como, por exemplo, na chamada “inseminação artificial heteróloga”⁷⁰

Acerca desta temática, Dias assevera que diante

[...] desse verdadeiro caleidoscópio de situações, cabe perguntar como se pode estabelecer os vínculos de parentalidade. A resposta não pode mais ser encontrada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. Assim, não há como identificar o pai como o cedente do espermatozóide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que aluga o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gerar um filho sem fazer parte do processo procriativo.⁷¹

Desponta, então, o primeiro grande conflito paterno-filial. Inúmeras são as criações jurídicas de filiação que independem da verdade biológica, como é o caso das presunções previstas em lei.

Além disso, como já mencionado, o desenvolvimento de novas técnicas reprodutivas acabou levando a necessidade do Poder Judiciário estabelecer um novo critério para determinar a filiação, visto que o doador de sêmen, por exemplo, não pode ser compelido ao exercício da paternidade da criança gerada a partir de um experimento laboratorial.

⁶⁹ Dias, 2006, p. 319.

⁷⁰ Conforme Oliveira (2001, P. 686): A inseminação artificial poderia ser definida, de maneira simples, como a introdução de espermatozóides no organismo feminino mediante técnicas que subsistem o modo convencional. [...] A inseminação homóloga consiste na introdução de espermatozóides do esposo em qualquer segmento do aparelho genital feminino. [...] A inseminação heteróloga obedece aos critérios técnicos semelhantes àqueles levados a efeito na inseminação homóloga. Exceção, faz-se, quanto a origem da amostra seminal no caso oriunda de um doador.

⁷¹ Dias, op. cit., p. 08.

Este novo critério, trabalhado no próximo item, é aquele que visa ao reconhecimento da verdadeira paternidade, pautada no afeto e no convívio.

1.3.3 Critério Afetivo

Cumpre, desde logo, trazer à tona a diferença conceitual entre genitor e pai⁷² criada por Lôbo:

Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica, todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.⁷³

Atualmente, a todos é facultada a possibilidade de ter filhos. Não é mais necessário ser casado, ter um par ou manter relações sexuais, graças ao atual estágio da medicina reprodutiva. Nessa nova forma familiar, é o afeto que dá origem aos laços familiares, não mais o sangue ou a lei.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços afetivos e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito a filiação ainda se confunde com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à idéia de consangüinidade legítima. Por esse motivo, a lenta emancipação dos filhos, a redução progressiva das desigualdades e a diminuição do *quantum* despótico, operada, muitas das vezes, pelo estabelecimento de vínculos afetivos, atuam na despatrimonialização dessas relações.⁷⁴

Essa tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que Lôbo apropriadamente intitulou de “repersonalização”, haja vista que é na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana.⁷⁵

⁷² Conforme Welter (2002, p. 146): A função de protetor, de pai social, no entender de ALMEIDA JÚNIOR independeu, a princípio, da de genitor, de pai biológico, segundo demonstram os estudos glóticos. Nesse ponto, salienta o autor, a informação de MAX MÜLLER, nos termos: “Pai é derivado da raiz PA, que não significa gerar, mas proteger, amparar, nutrir. O pai como procriador era chamado, em sânscrito, *genitar*, mas como proteger e amparo do filho era chamado *pitar*. Eis porque as duas expressões são empregadas juntas, nos Vedas, para exprimir a idéia completa de pai.

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT n.3, p. 35-41, jul. 2000. p. 41.

⁷⁴ Lôbo, 2000, p. 41.

⁷⁵ Ibid., p. 41.

No segundo capítulo, a presente pesquisa abordará, com mais detalhes, a filiação socioafetiva e suas características.

2. O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1 A RELEVÂNCIA DO AFETO

Quando do nascimento, o indivíduo é inserido em uma estrutura que recebe o nome de família. A impossibilidade do ser humano de sobreviver de modo autônomo, por necessitar de cuidados especiais nos primeiros anos de vida, faz surgir um elo de dependência com esse grupo de pessoas que lhe assegura os cuidados indispensáveis ao crescimento e ao

pleno desenvolvimento. Decorre desse convívio a imprescindibilidade da família, que se torna o ponto inicial de identificação do indivíduo.⁷⁶

O primeiro vínculo que une o ser humano a seus familiares é a consangüinidade, e, mesmo antes do nascimento já está formado um elo jurídico⁷⁷, decorrente da própria identidade genética. Somente a partir da convivência diária que a relação de dependência, entre pais e filhos, adquire relevância afetiva.

Assinala Lôbo que a “família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.”⁷⁸ Portanto, a família de hoje, diversamente daquela de outrora, é definida pelo *afeto*.

O afeto que permeia as famílias, no entanto, não é um sentimento qualquer, consoante Barros:

Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.⁷⁹

Em se cuidando da essencialidade do afeto nas relações entre pais e filhos, merece relevo a expressão utilizada por Sérgio Resende de Barros ao mencionar que as famílias podem ser constituídas *em razão de um destino comum*. Esse é um dos pontos de partida da filiação socioafetiva: a idéia de que para formar uma entidade familiar não é mais requisito essencial a ancestralidade entre pai e filho.

Fundamental, portanto, é o elo afetivo, que permite alçar o relacionamento entre duas ou mais pessoas à condição de entidade familiar. É esse elemento de identificação que subtrai uma relação do âmbito do Direito Obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-la no Direito de Família, cujo elemento estruturador é o amor⁸⁰.

⁷⁶ Dias, 2006, p. 295.

⁷⁷ Exemplifica Fachin (2003, p. 219): Daí porque é possível a investigação de paternidade proposta pela mãe, representando o nascituro, especialmente quando cumulada com alimentos para satisfazer emergentes necessidades durante a gestação.

⁷⁸ Lôbo, 2000, 41.

⁷⁹ BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese n.14, p. 5-10, jul. 2002. p. 08.

⁸⁰ Dias, 2002, p. 08-09.

2.2 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O Direito de Família vem incorporando a relevância do afeto como um princípio jurídico destinado a reger as relações parentais. Todavia, o avanço é lento se comparado com outras áreas do conhecimento, tais como psicologia, antropologia, psicanálise, etc., que há tempos adotam a concepção de relacionamento entre pais e filhos fundado, precipuamente, na afetividade e não nos laços sanguíneos⁸¹.

Para a Biologia, pai é quem, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, completando a gestação, dá à luz um filho. Já o Direito, ainda que hoje confira grande valor à verdade genética, anteriormente, ao gerar presunções de paternidade, afastou o fato natural da procriação para consagrar o que hoje se poderia chamar de “posse de estado de filho”.⁸²

Assim, percebe-se que a desbiologização da filiação não é um fenômeno recente, pois o estabelecimento de presunções legais para determinar o vínculo paterno-filial comprova que a relação de parentesco em linha reta de primeiro grau não era submetida, em um primeiro momento, à consangüinidade, de modo que o vínculo sanguíneo esteve, durante longo período, sujeito às presunções legais de legitimidade.⁸³

No Brasil, muito se avançou no que a doutrina jurídica especializada convencionou chamar de paternidade (e filiação) socioafetiva, assim entendida aquela formada no convívio familiar, independentemente da origem do filho. Tal nomenclatura, nos dizeres de Lôbo, é bastante ampla, visto que, em verdade, “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica”. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.⁸⁴

Interessa, entretanto, a este estudo, as hipóteses de filiação socioafetiva que não derivam do fato biológico, visto que é nesta modalidade que se insere o conflito que será tratado no terceiro capítulo.

Neste sentido, o próprio termo “socioafetivo”, ao aglutinar as palavras “social” e “afetivo”, também

⁸¹ Lôbo, 2004.

⁸² Dias, op. cit., p. 05.

⁸³ Ibid., p. 05.

⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301-STJ. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX n. 223, p. 56-60. abr. 2006. p.56

agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transferência para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria.⁸⁵

A filiação socioafetiva, nos dizeres de Dias, corresponde à verdade aparente, decorrente da necessidade de manter a estabilidade da família, revelando-se na constância de um relacionamento entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força da presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.⁸⁶

Ao abordar o afeto nas relações paterno-filiais, preleciona Rodrigo da Cunha Pereira que, segundo a psicanálise, a paternidade é uma função, sendo que tal deve ser exercida por um pai que atua na determinação e estruturação do filho. Desse modo, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gestação, um tio, um avô, quem propicia todos os cuidados para o crescimento, quem reconhece a criança legal ou ritualmente, quem adotou, enfim, aquele que exerce uma função de pai. Complementa o autor que a precípua função paterna não precisa ser ministrada, necessariamente, pelo pai biológico, e sim por um pai socioafetivo.⁸⁷

Por meio desse enfoque, a filiação adquire uma nova feição, diversa daquela pretendida com base nos vínculos jurídicos e/ou biológicos. O elo afetivo passa a ser fundamental para identificar a verdadeira relação entre pais e filhos, alicerçada na convivência diária, imbuída de amor, respeito e comunhão.

Enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares de sangue, conectando o ideal de paternidade e maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo.⁸⁸

⁸⁵ Ibid., p. 56.

⁸⁶ Dias, 2006, p. 307.

⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 148.

⁸⁸ Welter, 2002, p. 136.

Por aplicação ao princípio constitucional da isonomia entre sexos, não há dúvida de que o genitor deve suportar de forma compartilhada com a mãe as responsabilidades de caráter econômico para com o filho. Todavia, estas obrigações não se confundem com os direitos e deveres inerentes à paternidade, já que esta não pode ser simplificada como mera assistência material, até porque ser efetivamente pai ultrapassa o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários.⁸⁹

Em verdade, o relacionamento entre pai e filho envolve a edificação de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e adolescência. Portanto,

a paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres ainda que não seja o genitor.⁹⁰

Com razão, a paternidade socioafetiva é a única capaz de garantir a estabilidade social, edificada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano.⁹¹

Filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho, estado de filho afetivo, todas essas expressões significam, em verdade, a consagração no campo da parentalidade do mesmo elemento que passou a reger as relações do Direito de Família. Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação é identificada pela presença de um vínculo afetivo. O Direito, assim, ampliou o conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico (ou socioafetivo), que acaba prevalecendo sobre a paternidade biológica e a realidade legal.

Assim, por todo exposto, conclui-se que “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir, do que responder pela herança genética”.⁹²

2.2.1 Elementos caracterizadores do Estado de Filho Afetivo

⁸⁹ Lôbo, 2006, p. 56.

⁹⁰ Ibid., p.56.

⁹¹ Welter, op. cit., p. 144.

⁹² Boeira, 1999, 53-54.

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade contínuas⁹³, segundo as características que serão adiante expostas.

Primeiramente, todavia, cumpre ressaltar que há autores que discordam dos juristas que ainda insistem em utilizar a expressão “posse de estado de filho” para tratar da relação paterno-filial, travando evidente analogia entre a posse de estado de filho e a posse derivada dos direitos reais.

Nesses termos, enumera Welter as razões para se usar uma terminologia mais adequada, qual seja, “estado de filho afetivo”, abandonando a idéia de posse, incondizente com os princípios norteadores do Direito de Família:

- a primeira, não se trata de posse de estado de filho, mas, sim, de estado de filho afetivo, cujo vínculo entre pai e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia.
- a segunda, equiparar a posse dos direitos reais à de estado de filho, inclusive com os mesmos requisitos do art. 550 do Código Civil⁹⁴, é demonstrar o firme propósito de manter a antiga coisificação do filho, a mesma estrutura familiar do medievo, da família patriarcal, principalmente da família romana, em que o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos, com poderes sobre eles de vida e de morte.
- a terceira, o que importa é a manutenção contínua dos vínculos de maior, carinho, desvelo, ternura, solidariedade, que sustentam efetivamente o grupo familiar. É por isso que se deve ter muito cuidado ao falar em Direito de Família, especialmente quanto à filiação, porque “atinge a pessoa nas fimbrias do seu coração e mexe com o que ela tem de mais íntimo e de mais precioso em sua vida. [...]”
- a quarta, no estado de filho afetivo devem ser cumpridas as mesmas condições do estado de filho biológico, já que a filiação é uma imagem refletida entre pais e filhos, sem discriminação, sem identificar-se com a voz do sangue ou a voz do coração. [...] E isso não é posse, mas, sim, a edificação do estado de filho, do estado do afeto.⁹⁵

Entretanto, alguns doutrinadores compreendem que a palavra *posse* na expressão “posse de estado de filho”, na realidade, busca transmitir a idéia de situação de fato, em evidente analogia com os critérios definidores da “posse do estado de casado”⁹⁶, expressa no

⁹³ Lôbo, 2004.

⁹⁴ Art. 550. Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. (dispositivo do Código Civil de 1916, com correspondente no Código Civil de 2002 [art. 1.238]).

⁹⁵ Welter, 2002, p. 136-137.

⁹⁶ Leciona Gonçalves (2005, p. 97-98): Posse do estado de casados é a situação de duas pessoas que vivem como casadas (*more uxório*) e assim são consideradas por todos. Não se trata de conferir status de casamento a

art. 1.545⁹⁷ do Código Civil de 2002. Inclusive os três elementos caracterizadores do estado de filho afetivo, ou posse do estado de filho, são os mesmos utilizados para comprovar a “posse do estado de casados”, quais sejam a *nominatio* (o nome), a *tractatus* (o tratamento) e a *reputatio* (a reputação; fama).

Sucintamente, tais requisitos significam que, para configurar a filiação socioafetiva, faz-se necessário que o indivíduo seja tratado como filho do suposto pai, e que este tenha atendido à manutenção e à educação daquele; que a pessoa tenha sido constantemente considerada como filho nas relações sociais; e que carregue consigo o sobrenome do pai.⁹⁸

A *nominatio*, que é o nome, é ter o filho o apelido do pai; a *tractatus* é ser tratado e educado como filho; a *reputatio* é ser tido e havido por filho na família e na sociedade em que vive. Isso significa que o nome é o uso constante do apelido (sobrenome) da família do pai afetivo; o tratamento decorre do filho ser criado, educado, tido e apresentado à sociedade como filho; a fama ou reputação é a circunstância de ser sempre considerado, na família e na sociedade como filho.⁹⁹

Dispensa-se o nome, bastando a comprovação do tratamento e da reputação, visto que, no caso de uma criança, por exemplo, ela é geralmente indicada e conhecida pelo seu prenome. O tratamento é o elemento clássico de maior valor, pois reflete a conduta que é dada ao filho, garantindo-lhe o indispensável a sua sobrevivência, como a manutenção, a educação, a instrução e a formação dele como ser humano.¹⁰⁰ Já a reputação deve “basear-se em fatos concretos, tem de ser uma prudente, série e lógica ilação dos fatos que constituem a reputação e tratamento como filho pelos supostos pais do vindicador do estado”¹⁰¹.

Pai, nesse contexto, é aquele que se revela no comportamento diário, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade em uma relação socioafetiva. É aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente

circunstâncias de mera convivência, mas de induzir a existência do casamento, que não pode ser provado por certidão de registro, em face de situações específicas, como na hipótese de um incêndio em um cartório provocar o perecimento do livro onde está lavrado a certidão de casamento. O que distinguiria a posse do estado de casados da união estável seria a prova da celebração, que deve existir, sob pena de toda união estável ser tida como casamento. Em regra, a posse do estado de casados somente pode ser invocada como prova do casamento em caráter de exceção, para sanar qualquer falha no respectivo assento ou para beneficiar a prole.

⁹⁷ Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.

⁹⁸ Welter, op. cit., p. 141.

⁹⁹ Ibid., p. 140.

¹⁰⁰ Welter, 2002, p. 141.

¹⁰¹ FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de Paternidade**. São Paulo: LTr, 1997. p. 75-77.

seu filho perante o ambiente social. A verdadeira paternidade reside mais no serviço e no amor que na procriação.¹⁰²

Ademais, a *reputatio* deve ser contínua, na medida em que não servem de prova fatos intercalados, avulsos, sem concatenação e seqüência lógica. Embora comprovados os requisitos de tratamento e de reputação, a dificuldade persiste em apontar um lapso temporal capaz de indicar a consagração do estado de filho afetivo¹⁰³.

Nesse aspecto, Fachin afirma que

diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não, de posse de estado, o que não retira desse conceito suas virtudes, embora exponha flexibilidade. E isso há de compreender-se: trata-se de um lado da existência, de um elemento de fato, e é tarefa difícil, senão impossível, enjaular em conceitos rígidos a realidade da vida em constante mutação.¹⁰⁴

Outra característica pertinente ao estado de filho afetivo é a irrevogabilidade dessa condição. Depreende-se da leitura do art. 48¹⁰⁵, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a adoção é irrevogável. Considerando que a Constituição Federal dispôs a unidade de filiação, bem como a irrevogabilidade da adoção, que é uma forma de filiação socioafetiva, como se verá no próximo item, deduz-se que a filiação sociológica também não pode ser desconstituída.

Isso porque, além de ter assento constitucional (arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º), devem ser observados os princípios da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses da criança e do adolescente, conforme art. 227, *caput*, da Carta Magna, e arts. 1º, 6º, 15 e 19¹⁰⁶, entre outros, do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰⁷

¹⁰² FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1992, p. 165.

¹⁰³ Welter, loc. cit.

¹⁰⁴ Fachin, op. cit., p. 162.

¹⁰⁵ Art. 48. A adoção é irrevogável.

¹⁰⁶ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

¹⁰⁷ Welter, 2002, p. 153.

2.2.2 Tipos de filiação

Inúmeras são as formas em que a filiação socioafetiva pode ser exteriorizada. Conforme dito anteriormente, o parentesco afetivo emana essencialmente da convivência diária, de forma que pode o afeto surgir na família em que incide, concomitantemente, o vínculo jurídico e o biológico, como naquela entidade que é ausente um desses elementos.

Enumera Welter as seguintes espécies de filiação socioafetiva: I) filiação socioafetiva na adoção; II) filiação sociológica do filho de criação; III) filiação eudemonista no reconhecimento voluntário ou judicial de paternidade ou maternidade; IV) filiação socioafetiva na adoção à brasileira.¹⁰⁸ Muitas outros tipos de filiação socioafetiva, diga-se, podem ser listadas, tais como aquelas decorrentes de reprodução medicamente assistida heteróloga, razão pela qual não há falar em taxatividade.

O presente trabalho irá se restringir apenas a duas situações, por considerá-las expoentes da temática, através das quais será possível abranger as questões mais relevantes.

2.2.2.1 “Adoção à brasileira” ou Reconhecimento voluntário de filiação¹⁰⁹

O instituto da adoção é uma modalidade de filiação pela qual se aceita como filho, de forma voluntária, alguém que é estranho ao seio familiar. Comenta Leite que

há filiações que dependem unicamente da vontade – é o caso da adoção. A adoção é um ato jurídico e um ato de vontade que se prova e que se estabelece quer através de um contrato, quer através de um julgamento (ato de vontade do juiz, mas que supõe previamente a vontade dos interessados).¹¹⁰

A adoção pode ser *legal* (civil), respeitando os trâmites e procedimentos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹¹; ou pode ser de *fato*, quando o laço existente entre adotantes e adotandos é tão-somente o afetivo, uma vez que não são tomadas

¹⁰⁸ Ibid., p.132-134.

¹⁰⁹ Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

¹¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 156 p. p. 121-122.

¹¹¹ A adoção é regulada nos arts. 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

as providências para jurisdicizar a situação do filho. Naquela, o adotando adquire o vínculo legal de filho (registro civil) e nesta tem-se a situação conhecida como “filho de criação”. Em resumo, na adoção não há ancestralidade entre pais e filhos, mas pode ou não haver o vínculo jurídico.

Acerca deste instituto, destaca Dias:

Outra modalidade de filiação é a “construída no amor”, na feliz expressão de LUIZ EDSON FACHIN, ao dizer que na adoção “os laços de afeto se visualizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos.” O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos.¹¹²

A chamada “adoção à brasileira” é um caso peculiar. Ocorre quando um homem e/ou mulher declaram falsamente no registro civil serem os pais biológicos de uma criança que não foi por eles gerada. Em geral, esta situação se dá quando um casal registra como sendo seu o filho nascido de outra mulher, ou quando o companheiro registra espontaneamente descendente de sua companheira, mesmo sabendo que ele é biologicamente filho de outro.

No primeiro caso, trata-se, na maioria das vezes, de uma forma de burlar os cadastros de adoção, na medida em que não são observadas as exigências legais estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal conduta é, inclusive, tipificada no art. 242 do Código Penal¹¹³, muito embora seja socialmente aceita e até exaltada como um ato extremado de amor à criança que está sendo erigida à condição de “filho biológico” dos adotantes.

Já quando o companheiro da mulher grávida assume como se fosse seu filho, aquele que conscientemente sabe ser filho de terceiro, a questão adquire contornos delicados. Não é incomum que com o eventual término do relacionamento entre a genitora e o pai registral, venha este a ingressar com ação negatória de paternidade, com o objetivo de desconstituir a paternidade, por ele voluntariamente assumida, ao argumento de que não é o pai biológico.

Felizmente, a jurisprudência, em consonância com a doutrina, tem decidido que nesses casos não é cabível o manejo de ação negatória com base na consangüinidade, devendo prevalecer a paternidade socioafetiva já constituída.

¹¹² Dias, 2002, p. 13.

¹¹³ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

O seguinte ementário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina coaduna com esse entendimento:

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - EXAME DO DNA QUE EXCLUI A CONSANGÜINIDADE - IRRELEVÂNCIA NA HIPÓTESE - RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO¹¹⁴, VOLUNTÁRIO E IRRESPONSÁVEL DE PATERNIDADE - RETRATAÇÃO PURA E SIMPLES DO ATO POR PARTE DAQUELE QUE PROMOVEU O REGISTRO - ATITUDE QUE EM PRINCÍPIO APARENTAVA GESTO DE NOBREZA E QUE POSTERIORMENTE, ANTE A FRUSTRAÇÃO DO RELACIONAMENTO MANTIDO E DO PRÓPRIO MATRIMÔNIO CELEBRADO COM A GENITORA DA MENOR, SE TRANSFORMA EM DESASTRE PARA A INFANTE - COMPORTAMENTO QUE DEVE SER DESESTIMULADO EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL ESTATUÍDOS NO ART. 226, § 7º, DA CF - IRREVOGABILIDADE DO ATO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º DA LEI 8.560/92 E 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - EXTINÇÃO EX OFFICIO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DA AÇÃO - RECURSO PREJUDICADO.¹¹⁵

De fato, seria um retrocesso desconstituir a filiação socioafetiva, em pretensão deduzida pelo pai registral que irresponsavelmente confirmou falsa paternidade, sem atentar-se para as conseqüências advindas desse reconhecimento.

Sustenta Maria Berenice Dias, em casos análogos, que

o reconhecimento da chamada adoção à "brasileira" visa impedir o locupletamento de quem procedeu em desconformidade com a lei da verdade. Tal atitude, ainda que configure delito contra o estado de filiação (CP 242), nem por isso deixa de produzir efeitos, não podendo gerar irresponsabilidades ou impunidades. Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. Assim, se, depois do registro, separam-se os pais, nem por isso desaparece o vínculo de parentalidade. Persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse do estado de filiação, não há como desconstituir o registro.¹¹⁶

Assim, tais questões devem ser enfrentadas a partir desse viés ético que canoniza a paternidade socioafetiva. Fundado o vínculo da parentalidade, mesmo que divorciado da

¹¹⁴ Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

¹¹⁵ SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.022985-6, de Lages, Relator Des. Marcus Túlio Sartorato. Data do julgamento: 09-12-2005. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 15 out. 2008.

¹¹⁶ Dias, 2006, p. 307.

verdade biológica, aquele deve ser prestigiado, por ser a situação que melhor preserva o elo afetivo.¹¹⁷

2.2.2.2 Técnicas de procriação medicamente assistidas heterólogas

Cumprido, ainda, abordar as procriações artificiais heterólogas e os efeitos daí decorrentes.

Consoante mencionado alhures, as técnicas de reprodução medicamente assistidas podem ser homólogas, isto é, quando os materiais genéticos são provenientes do marido e da esposa, ou heterólogas, quando a amostra seminal é oriunda de um doador, que pode ou não ser anônimo, dependendo da legislação vigente.

No Brasil, a inseminação artificial heteróloga está prevista no art. 1.597, V¹¹⁸, do Código Civil, não se exigindo que o marido seja estéril ou que, por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. O único requisito é que tenha o marido previamente consentido com a utilização de sêmen estranho ao seu.¹¹⁹

Ao analisar o citado artigo, conclui Leite que

no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa, ou implícita, de vontade no curso do casamento.¹²⁰

As procriações artificiais, e os efeitos delas decorrentes, alteraram significativamente a ordem natural da evolução, eis que vão de encontro à assentada tradição da verdade biológica. Desse modo, a tutela legal desse tipo de concepção prega a desconsideração da verdade genética em franco proveito de uma verdade afetiva.

Por conseguinte, se o marido autorizou a inseminação artificial heteróloga no ventre de sua esposa, não poderá, em momento posterior, negar a paternidade em razão da origem genética. Tampouco se faculta ao filho concebido através de técnicas de procriação

¹¹⁷ Id., 2004, p. 35.

¹¹⁸ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

¹¹⁹ A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja "prévia", razão porque pode ser, inclusive, verbal.

¹²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Os sete pecados capitais do novo direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT n.833, p. 66-81, mar. 2005. p. 76.

medicamente assistidas heterólogas a possibilidade de investigar a identidade do doador de sêmen.

Desconsiderando, ou melhor, relativizando a verdade genética, voluntariamente apagada e protegida pelo anonimato dos doadores, a nova ordem funda a filiação sobre a vontade e sobre a promessa da verdade afetiva. Ou seja, retornando à estaca zero e questionando as construções jurídicas abstratas, construídas pela ordem jurídica, as procriações artificiais (a exemplo do que ocorreria nas adoções) nos reconduzem a uma questão crucial, esta de saber qual é a verdade que o direito positivo permite estabelecer; pois há duas verdades em matéria de filiação: a verdade biológica – a dos laços de sangue – e a verdade do coração, dos sentimentos – a que corresponde à filiação vivida.¹²¹

A opção do legislador, em particular, mais que em benefício dos vínculos afetivos, deu-se no sentido de criar uma nova figura paterna: o “pai de direito”, que seria o marido da mulher inseminada artificialmente, o qual, através da concordância anterior ao procedimento, assumiria o compromisso legal de ser o pai da criança gerada.

2.2.3 Prova da filiação

Em muitos casos, a filiação socioafetiva é uma realidade fática, baseada unicamente na convivência familiar. Por esse motivo, a verdade real deve se tangere na comprovação de que o filho usufruiu do estado de filho afetivo, por ser essa “a prova mais exuberante e convincente do vínculo parental”¹²².

Neste tocante, questiona Zeno Veloso, citado por Dias:

se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga esse fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, juridicamente, a determinação de seu estado?¹²³

Esclarece Fachin que, ainda hoje, os mecanismos concernentes às provas da filiação são extremamente formalistas. O registro de nascimento tem força probatória *erga omnes*, podendo ser questionado apenas se houver evidências de um vício de consentimento¹²⁴. São admitidos subsidiariamente indícios ou fortes presunções de filiação,

¹²¹ Id., 1994, p. 121.

¹²² Dias, 2006, p. 307.

¹²³ Ibid., p. 307.

¹²⁴ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

conforme leitura do art. 1.605, II, do Código Civil¹²⁵. Assim, embora não haja previsão legal expressa sobre o estado de filho afetivo, esta circunstância é, sem dúvida, sinal veemente da relação paterno-filial.¹²⁶

Entretanto, a posse do estado de filho não é presumida, razão pela qual deve ser atestada, por meio de uma instrução probatória robusta e eficiente. Deverá o demandante se valer de todos os meios de prova admitidos, recolhendo os dados da realidade que demonstram a existência indubitável do estado de filho afetivo. Para auxiliar na formação da convicção do magistrado da causa, mostra-se conveniente o pedido de realização de estudos psicossociais no núcleo familiar, pois é neste ambiente que melhor se revela a relação paterno-filial.

2.2.4 Previsão legal

O legislador determina como as pessoas devem proceder, impondo as condutas que se harmonizam com a moral vigente e regulamentando aqueles institutos que ele considera merecedor de proteção legal. Como bem se expressou Maria Berenice Dias ao comentar a atividade legislativa,

[...] qualquer ação diversa do parâmetro estabelecido é tida por inexistente. Nega-se não só direitos. Nega-se a existência de fatos. Situações e posturas que são reais se costuma dizer simplesmente que não ocorreram. Tudo o que surge a margem do modelo posto como correto não merece regulamentação. A desobediência é condenada à invisibilidade. O transgressor é punido com a negativa de inserção no âmbito da juridicidade.¹²⁷

No ordenamento brasileiro não há um dispositivo que trate expressamente do direito ao estado de filho afetivo. Contudo, afirma Fachin, a posse de estado decorrente da filiação socioafetiva está prevista implicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹²⁸

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

¹²⁵ Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

¹²⁶ Fachin, 2003, p. 226.

¹²⁷ DIAS, Maria Berenice. Família, Ética e Afeto. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX n.174, p. 34-35. abr. 2004, p. 34-35.

¹²⁸ Fachin, 1992, p. 25.

Primeiramente, a Lei Maior, ao reconhecer a igualdade de filiação, não discrimina os filhos havidos, ou não, na constância do casamento, da união estável ou da comunidade formada entre o pai e/ou a mãe e o filho, pelo que os filhos têm o direito constitucional à paternidade e maternidade biológica ou socioafetiva. Ainda, o constituinte, ao elaborar o art. 226, § 4º, reconheceu as diversas organizações familiares, como a família monoparental, unilinear, pós-nuclear, eudemonista¹²⁹ ou socioafetiva, consagrando, assim, o afeto como um valor jurídico.

Conforme Welter, a ordem constitucional, em uma série de dispositivos, como o artigos 1º, incisos II a IV, 3º, incisos I a IV, 4º, inciso II, etc., valorizou a família e a pessoa humana, alçando a cidadania e a dignidade a fundamento do Estado brasileiro. Ao cuidar especificamente da família, da criança, do adolescente e do idoso, nos arts. 226 a 230, a nova disciplina não recepcionou os dispositivos legais do Código Civil de 1916, em que prevalecia a hierarquia e ao interesses da família em detrimento do bem-estar de seus membros. Pelo Texto Constitucional atual, a família é que deve ter como objetivo a felicidade de seus integrantes, pois foi constitucionalizado o afeto, o carinho, o desvelo e a solidariedade.¹³⁰

Sobre o assunto, destaca Lôbo as seguintes referências da opção do legislador pelo paradigma da paternidade socioafetiva, encontradas no Código Civil de 2002:

a) art. 1.593, para o qual o parentesco é natural ou civil, “conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. A norma é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;

b) art. 1.596, ratificou a regra constitucional de igualdade dos filhos;

c) art. 1.597, V, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, já que o pai é exclusivamente socioafetivo;

d) art. 1.605, consagra estado de filho afetivo, quando houver começo de prova provenientes dos pais, ou “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”;

¹²⁹ Atesta Fachin (1992, p. 25) que sob a concepção eudemonista da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de aspiração à felicidade.

¹³⁰ Welter, 2002, p. 158-159.

e) art. 1.614, consistente de duas normas, ambas demonstrando que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admitem a possibilidade de rejeitá-lo. Em sendo o filho maior, a eficácia do reconhecimento de paternidade dependerá do consentimento; na possibilidade do filho ser menor à época em que for reconhecido, poderá, até quatro anos após atingir a maioridade impugnar tal perfilhação. Esclarece Paulo Luiz Netto Lôbo que essa regra é restrita aos casos de reconhecimento de paternidade, não sendo aplicável em face do pai registral.¹³¹

3. A PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

3.1 DIREITO DE CONHECER A VERDADEIRA ORIGEM BIOLÓGICA

A estrutura do parentesco no mundo ocidental, de tradição romano-germânico, foi edificada na idéia da paternidade presumida. O Código Francês de 1804 consagrou a presunção de paternidade calcada no matrimônio – a *pater est quem justae demonstrat* (é pai quem demonstra justas núpcias). Se há casamento, os filhos gerados pela esposa são necessariamente filhos do marido.¹³²

Com a evolução da ciência e o desenvolvimento tecnológico, o papel da presunção de paternidade foi, aos poucos, cedendo lugar para a busca do homem à sua real paternidade, em virtude do surgimento de provas científicas inquestionáveis de filiação biológica, com destaque ao exame de DNA.¹³³ A certeza conferida a pericia genética, que atinge patamares muito próximos de 100%, permitiu que, de uma só vez, pudessem ser excluídas ou atribuídas às paternidades derivadas do vínculo genético, reduzindo, conforme Leite, “a nada a filiação estabelecida pelo registro de nascimento”¹³⁴.

¹³¹ Lôbo, 2006, p. 57-58.

¹³² Leite, 1994, p. 120.

¹³³ Explica Silva (2002, p. 258): O DNA é uma molécula presente no núcleo das células somáticas e cuja principal função de suas seqüências, chamada genes, é a codificação da informação genética. Todo homem, ao ser concebido, recebe para cada característica genética, duas informações. Uma que vem da mãe, através do óvulo, e outra proveniente do pai, através do espermatozóide. Portanto, cada genitor colabora com 50% das informações genéticas do filho concebido.

¹³⁴ Leite, loc cit.

Nesse contexto, a investigação de paternidade biológica adquiriu relevância, convertendo-se na ação de estado mais importante do direito de filiação, tamanha a fundamentabilidade dessa ação, cujo atual *Codex* civilista atribuiu o *status* de imprescritível, direito que a todo e qualquer momento poderá ser perseguido pelo indivíduo.¹³⁵

Com efeito, a ação de investigação de paternidade tem se mostrado a única possibilidade jurídica para o investigante exercer seu direito a identidade genética. Tal direito de ver reconhecida a sua real ancestralidade integra os direitos da personalidade, sendo, portanto, individual e personalíssimo, razão pela qual deve continuar sendo protegidos pelo direito nacional.

Entretanto, o direito de ver reconhecida a verdade genética não pode ser confundido com o direito ao estado de filiação. Não obstante a jurisprudência continue aplicando um como se fosse consectário lógico do outro, é mister que esta distinção seja operada. Atesta Lôbo, ao explanar acerca desses institutos, que

toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). O avanço da biotecnologia permite, por exemplo, a inseminação artificial heteróloga, autorizada pelo marido (art. 1.597, V, do Código Civil), o que reforça a tese de não depender a filiação da relação genética do filho e do pai. Nesse caso, o filho pode vindicar os dados genéticos de dador anônimo de sêmen que constem dos arquivos da instituição que o armazenou, para fins de direito da personalidade, mas não poderá fazê-lo com escopo de atribuição de paternidade. Conseqüentemente, é inadequado o uso da ação de investigação de paternidade, para tal fim¹³⁶ (sem grifo no original).

Dessa forma, é necessário firmar, de pronto, que o reconhecimento do vínculo biológico entre o filho investigante e o suposto pai, deve imputar a paternidade somente se efetivamente esta não tenha sido constituída de outra forma, como na adoção, inseminação artificial heteróloga ou estado de filho socioafetivo. Em outras palavras, se há um vínculo afetivo construído com alguém que por anos exerceu a função paterna, imperiosa a distinção entre direito ao estado de filiação e direito ao conhecimento da origem biológica.

¹³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 378 p. p. 242.

¹³⁶ Lôbo, 2004.

Situações específicas, todavia, têm suscitado dilemas ético-jurídicos. É o caso dos adotados e dos concebidos mediante técnicas de procriação medicamente assistidas heterólogas que são, de certa forma, “impedidos” de conhecer sua história genética. Defende Silva que o conhecimento da origem biológica não deve ser restrito em nenhuma hipótese, posto que,

após formalizada a adoção, costuma-se dizer, metaforicamente, que o que ocorre após é o renascimento do filho adotado no seio de uma outra família que não é a biológica, sendo apagado todo o seu passado. Ora, como admitir-se que o passado de um homem simplesmente possa ser apagado em decorrência do ato de vontade de um terceiro? Apagar os registros legais do filho adotado é possível e é, de fato, o que se faz por determinação legal (art. 47, § 2º, ECA), mas não é possível apagar os registros de sua memória, seja ela consciente (histórica), seja ela inconsciente (genética)¹³⁷.

Prossegue o mesmo autor:

Nada impede que o filho concebido artificialmente, desde que queira, proponha contra o pai biológico, o doador de gametas, ação de investigação de paternidade. Duas são as razões para tanto. Por primeiro, porque ninguém é obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Em segundo lugar, porque o conhecimento da ascendência biológica é direito fundamental do homem, alicerce indisponível da instituição familiar.¹³⁸

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.285/2007, conhecido como “Estatuto da Família”, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), que propõe uma profunda reforma em todo o sistema jurídico brasileiro que trata da família. Consta nesse diploma legal, em seu art. 77, a possibilidade de exercício do mencionado direito:

Art. 77 É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único. O ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em casos de inseminação artificial heteróloga.

Muito embora ainda não tenha sido aprovado, a elaboração do presente Projeto de Lei demonstra a preocupação do legislador em tratar da temática, eis que em virtude da inexistência de dispositivo legal, estes casos vem sendo solucionados ao arbítrio de julgadores e Tribunais que, não raras vezes, decidem de maneira totalmente díspar situações bastante semelhantes, como se verá no segundo item deste Capítulo.

¹³⁷ Silva, 2002, p. 247.

¹³⁸ Ibid., p. 247.

Nesse aspecto, o Brasil pode se espelhar no direito estrangeiro, em especial nas legislações dos países europeus que já regulamentaram o direito à identidade genética. Esses ordenamentos se pautam, sobretudo, pela premissa insculpida da Recomendação n. 934¹³⁹, de 26 de janeiro de 1982, da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, que defende o “direito a um patrimônio genético não manipulado”, cujo desdobramento é o direito à identidade genética fundada na inviolabilidade e irrepetibilidade do genoma humano.¹⁴⁰

Explica Donizetti que

a visualização do direito ao conhecimento da identidade genética no contexto proposto funda-se na premissa que há um patrimônio genético que precede a identidade pessoal, indo ao encontro, portanto da compreensão de que a identidade genética é substrato da identidade pessoal, e, como tal, é elemento definidor da historicidade pessoal.¹⁴¹

Alguns países europeus servem como paradigmas quando o assunto é identidade genética, como França, Alemanha, Portugal e Suécia. Dentre estes, há legislações que entendem que o anonimato do doador deve prevalecer, e outras que se posicionam, firmemente, no sentido de que deve ser facultado ao filho, mesmo que a concepção tenha ocorrido por meio de técnicas de procriação medicamente assistidas heterólogas, o direito fundamental de conhecer suas origens biológicas.¹⁴²

A França integra o primeiro grupo, garantindo o anonimato absoluto do doador de sêmen, o qual tem sua identidade preservada pelo CECOS (*Centre d'Etudes Et Conservation Du Sperme Humain*). Logo, em matéria de procriação medicamente assistida, o legislador francês obstruiu qualquer acesso às origens biológicas, não sendo facultada a criança concebida mediante inseminação artificial heteróloga conhecer seus genitores.¹⁴³

No outro extremo está o exemplo germânico. A Alemanha consagra o direito de o indivíduo conhecer sua descendência, sob o fundamento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, proclamado no art. 2º da Constituição Alemã. Este dispositivo tem servido de base para as decisões jurisprudenciais favoráveis a que a criança conheça as suas origens.

¹³⁹ Conforme Diaféria (2002): A Recomendação n. 934 de 26-01-1982, relativa a engenharia genética, solicita a inclusão, no rol dos Direitos Humanos, da “intangibilidade da herança genética frente às intervenções artificiais” e o asseguramento de sua proteção mediante normativas adequadas.

¹⁴⁰ Donizetti, 2007, p. 130.

¹⁴¹ Ibid., p. 131-132.

¹⁴² Ibid., p. 132.

¹⁴³ Ibid., p. 132.

O posicionamento alemão sobre a identidade genética, apoiado nos direitos da personalidade, reconhece o acesso irrestrito aos caracteres hereditários.¹⁴⁴

Os efeitos do posicionamento do Direito Alemão sobre a matéria são verificados na diminuição do número de doadores que, temendo as possíveis implicações jurídicas, não mais contribuem com a doação do material genético, comprometendo, dessa forma, a utilização das técnicas de reprodução assistida, principalmente as inseminações heterólogas.¹⁴⁵

Em razão da ausência de legislação própria no Brasil, doutrina e jurisprudência têm recorrido ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento para garantir ao indivíduo o conhecimento de sua origem genética. Por esse motivo, tratar-se-á deste princípio no próximo item.

3.1.1 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Na família patriarcal instituída pelo Código Civil de 1916, a cidadania plena restringia-se a pessoa do pai, cuja dignidade humana era superior aos demais, já que o patriarca era dotado de direitos então negados à mulher e aos filhos. O ambiente familiar não era alcançado pela intervenção pública, que aceitava a subjugação e os abusos cometidos contra os mais fracos, na esfera dos particulares.¹⁴⁶

Somente em 1988, com a promulgação da atual Carta Maior, é que se ergueu, conforme aduz Fachin, “um sistema constitucional¹⁴⁷ consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca”.¹⁴⁸

O constituinte brasileiro, em conformidade com as influências das Constituições européias, elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado brasileiro, no art. 1º, inciso III. Assim, a garantia do pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana passou a integrar também a comunidade familiar, fomentando um verdadeiro equilíbrio entre

¹⁴⁴ Ibid., p. 134.

¹⁴⁵ Donizetti, 2007, p. 134-135.

¹⁴⁶ Lôbo, 1999, p. 105.

¹⁴⁷ A aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 1945, inaugurou uma fase de proteção internacional dos direitos humanos. Esse sistema já é assegurado pela Lei Fundamental Alemã, desde 23 de maio de 1949; pela Constituição Portuguesa, desde 02 de abril de 1976; e pela Constituição Espanhola, desde 29 de dezembro de 1988.

¹⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.362, p. 43-60, dez. 2007. p. 48.

o público e o privado, motivo pelo qual deixou de se aceitar comportamentos desumanos e ultrajantes até então perpetrados no seio das relações familiares.¹⁴⁹

Como adverte Fachin, “não é possível olvidar que a dignidade da pessoa humana abrange todos os setores da ordem jurídica, inclusive o que disciplinam mais especificamente esses direitos, como o Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade.”¹⁵⁰

Em 2003, com a entrada em vigor do novo Código Civil, a disciplina dos direitos da personalidade passou a se dar, também, por meio da legislação infraconstitucional nos artigos 11 a 21¹⁵¹ do Capítulo II da Parte Geral da codificação. Embora já houvesse a disciplina constitucional da proteção integral da pessoa humana e, por conseguinte, dos seus correlatos direitos da personalidade, optou o legislador ordinário, na edição da Lei 10.406/02, a também tratar esta matéria.¹⁵²

Complementa Fachin:

Sobre a dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente

¹⁴⁹ Lôbo, loc. cit.

¹⁵⁰ Fachin, 2007, p. 50.

¹⁵¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹⁵² Fachin, op. cit., p. 45.

ao ordenamento jurídico e válido permanente. Ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos.¹⁵³

Após breve esboço histórico da posituação desse princípio fundamental, cumpre conceituá-lo.

Sob esse olhar, a dignidade da pessoa humana representa o elemento mais essencial do indivíduo, enquanto garantidor da expressão de sua condição humana por meio da manifestação da inteligência e da vontade. Atualmente é considerada como o pilar básico dos direitos humanos fundamentais. Assevera Fachin que “essa perspectiva principiológica da dignidade da pessoa humana informa e conforma todo o sistema jurídico, servindo de substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais”.¹⁵⁴

É nessa linha, portanto, que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico, para se tornar em uma condição precípua de possibilidade de realização de outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e que, para ser entendida como tal, necessariamente deve ser digna.¹⁵⁵

Este paradigma impõe pensar a vida (existência) sob um aspecto material, ou seja, o ponto de partida deste modelo é a vida como um conteúdo material, pois, a princípio, a vida é também biológica. Assim sendo, pode-se afirmar que a vida nunca irá reduzir-se a uma mera abstração, haja vista seu substrato concreto, físico e biológico.¹⁵⁶

Ultrapassando, então, essas divagações filosóficas acerca da materialidade da dignidade da pessoa humana, convém, neste momento, a apresentação do núcleo do princípio em questão, que não visa apenas a garantir o respeito e a proteção da dignidade no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante e, tampouco, conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do indivíduo. Ao contrário, pois, na medida em que se aproxima dos direitos da personalidade, deve assegurar também aspectos abstratos, tais como a integridade psicológica.¹⁵⁷

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento, vincula o Estado a ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida

¹⁵³ Fachin, 2007, p. 49.

¹⁵⁴ Ibid., p. 49.

¹⁵⁵ Ibid., p. 49.

¹⁵⁶ Ibid., p. 49.

¹⁵⁷ Ibid., p. 50-52.

com dignidade para todos, além de promover ações que visam impedir que o Poder Público e os particulares maculem a dignidade pessoal do indivíduo. Tratam-se, respectivamente de duas dimensões de atuação estatal: a primeira é positiva (de concretização e implementação) e a segunda é negativa (proteção), ambas alicerçadas no fato de que a dignidade da pessoa humana constitui-se na “concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado”.¹⁵⁸

Com relação ao Direito de Família e, mais especificamente no que concerne à filiação, esclarece Lôbo que o princípio da afetividade no campo das relações familiares se origina a partir do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), já que esse preside todas as relações jurídicas, assim como submete todo ordenamento pátrio. Para tanto, transcreve a lição de Immanuel Kant, através da qual o renomado filósofo procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário ou estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, é indisponível e não pode ser objeto de troca. Diz Kant:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.¹⁵⁹

Como princípio, ostenta significação semântica reduzida, de modo a ser preenchida com a mediação concretizadora de quem o deva aplicar, com base na idéia de que a dignidade humana é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intangibilidade desta, inclusive em face do Poder Público.¹⁶⁰

Posto isto, cumpre analisar, no item a seguir, como tem ocorrido na jurisprudência pátria a resolução dos conflitos entre filiação socioafetiva e biológica, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador deste processo.

3.1.2 A pré-existência de filiação socioafetiva nas ações de investigação e/ou reconhecimento de paternidade

Conforme repisado, a instituição familiar sofreu inúmeras alterações estruturais. O ingresso das mulheres no mercado de trabalho, por exemplo, afastou-as do lar, o que acabou

¹⁵⁸ Fachin, 2007, p. 54.

¹⁵⁹ Lôbo, 2000, p. 39.

¹⁶⁰ Ibid., p. 39.

por influenciar nos papéis paterno-filiais. Cada vez mais está o pai não só auxiliando, mas também dividindo as tarefas domésticas e os cuidados com a prole. Esse crescente envolvimento tem levado o homem a reivindicar uma participação mais efetiva na vida do filho. Mesmo quando os pais deixam de viver sob o mesmo teto, mantém-se a convivência física e imediata dos filhos com ambos os genitores.¹⁶¹

Essa profunda mudança da paternidade, no direito brasileiro, significou centralizar a atenção na realização existencial das pessoas envolvidas (pai e filho) e na afirmação de suas dignidades, situação que, segundo Lôbo, evidencia o fenômeno da repersonalização dos institutos de Direito de Família. Os interesses patrimoniais, que antes determinavam as soluções jurídicas nas relações familiares, implícita ou explicitamente, perderam o protagonismo que detinham, assumindo posição de coadjuvantes dos interesses pessoais.¹⁶²

Desse modo, as ações de investigação e reconhecimento de paternidade não devem ter como cerne pretensão de natureza fazendária, se constatado que já havia posse do estado de filho previamente constituída:

Assim, não podem os interesses patrimoniais ser móveis de investigações de paternidade, como ocorre quando o pretendido genitor biológico falece, deixando herança considerável. Repita-se: a investigação de paternidade tem por objeto assegurar o pai a quem o não tem e nunca para substituir a paternidade socioafetiva pela biológica, até porque esta só se impõe se corresponder àquela.¹⁶³

Assevera Leite que, em muitas situações, famílias inteiras são destruídas em favor do interesse do filho investigante, que busca se ver reconhecido por um suposto pai, cujo vínculo se restringe à consangüinidade.¹⁶⁴

Nesse norte, em recentes julgados tem entendido a Egrégia Corte Catarinense que é possível o ingresso de ação de investigação de paternidade pelo filho registrado por terceiro, sem que se averigüe a pré-existência ou não de constituição de estado de filho afetivo. Segue ementário:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE C/C CANCELAMENTO DE REGISTRO, PETIÇÃO DE
HERANÇA E NULIDADE DE PARTILHA - AUSÊNCIA DE
INTIMAÇÃO DE DESPACHO PARA PRODUÇÃO DE OUTRAS
PROVAS ALÉM DA PERICIAL - INSTRUÇÃO PROCESSUAL

¹⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese n. 15, p. 5-14, out. 2002. p. 07.

¹⁶² Lôbo, 2006, p. 59.

¹⁶³ Ibid., p. 59.

¹⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Os sete pecados capitais do novo direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT n.833, p. 66-81, mar. 2005. p. 71.

INACABADA – INOCORRÊNCIA - OPORTUNIDADE APRESENTADA.

Não há como se cogitar a violação das garantias fundamentais da parte se lhe foi, por diversas ocasiões, oportunizado falar nos autos, mantendo-se silente. APELAÇÕES CÍVEIS - CITAÇÃO DE LITISCONSORTE NECESSÁRIO - SUPOSTO PAI CONSTANTE NO REGISTRO DE NASCIMENTO DO AUTOR - DESNECESSIDADE.

Descabida a pretensão da citação do suposto pai do autor como litisconsorte necessário na ação de investigação de paternidade c/c anulação/retificação de registro se consta nos autos ser este falecido à época do nascimento do autor. APELAÇÕES CÍVEIS - INVESTIGAÇÃO PATERNIDADE C/C CANCELAMENTO DE REGISTRO - PRESCRIÇÃO - INOBSERVÂNCIA DO PRAZO - HIPÓTESE AFASTADA.

Não se pode impedir que o filho investigue sua verdadeira filiação biológica, impossibilitando a retificação de seu registro em face da prescrição disposta no art. 178, § 9º, VI, do Código Civil de 1916. Tem-se, portanto, que imprescritível é o direito do autor em pleitear a anulação/retificação de seu assento de nascimento.

APELAÇÕES CÍVEIS - NULIDADE DE PARTILHA - PRESCRIÇÃO - HERDEIRO EXCLUÍDO - 20 (VINTE) ANOS.

Se no ato da partilha, herdeiro legítimo que deveria originalmente estar incluído, é preterido, impõe-se a prescrição vintenária, porquanto daquela não participou direta ou indiretamente.

APELAÇÕES CÍVEIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C CANCELAMENTO DE FILIAÇÃO, PETIÇÃO DE HERANÇA E NULIDADE DE PARTILHA - NATUREZA DECLARATÓRIA – CONSTITUTIVA. A natureza das ações de investigação de paternidade c/c cancelamento de registro, petição de herança e nulidade de partilha tem cunho meramente declaratório-constitutivo, o que desautoriza a fixação dos honorários advocatícios em conformidade com o art. 20, § 3º, do Estatuto Processual Civil, devendo ser fixados pelo § 4º do mesmo diploma normativo.¹⁶⁵ (sem grifo no original)

Em iguais termos, colhe-se o seguinte acórdão da Egrégia Corte de Justiça de Santa Catarina:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO REGISTRADO EM NOME DE OUTREM. PROVAS DE QUE ESTE NÃO É O PAI DO MENOR, O QUE É CORROBORADO PELA MÃE DO MESMO. TESTEMUNHAS QUE CONFORTAM A TESE DO INVESTIGANTE. RÉU QUE SE RECUSA A EFETUAR O TESTE DNA POR DIVERSAS OCASIÕES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PATERNIDADE RECONHECIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Toda e qualquer pessoa tem direito incontestável de requerer o reconhecimento da sua paternidade, seja o investigando solteiro ou casado ou ainda quando esteja o menor investigante já registrado em nome de outrem, pois a existência de pai registral não impede a ação de investigação de paternidade, desde que aquele também figure no pólo

¹⁶⁵ SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2002.024493-2, de Lages, Relatora Desª. Salete Silva Sommariva. Data do julgamento: 03-06-2003. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 12 out. 2008.

passivo da demanda, cumulando-se o pedido com a anulação do registro de nascimento até então existente.

Pairando nos autos prova testemunhal robusta de que o investigando é realmente o pai biológico do requerente, o qual se furtou por inúmeras vezes e se recusa terminantemente à realização do exame DNA, e aliando-se à assunção, por parte do pai registral e da mãe do menor, que este não é o seu progenitor verdadeiro, é de julgar-se procedente a demanda.

"A ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de anulação de escritura pública de legitimação adotiva, é ação indisponível, na qual o Juiz possui amplos poderes para investigar a prova. Assim, colhido através da prova testemunhal que a autora sempre foi tida como filha do réu no seio da comunidade em que vivia, incontestemente a procedência da demanda, mormente se o pai adotivo, em seu leito de morte, declara perante tabelião público que não é o pai biológico da mesma. "Ademais, a recusa do réu em submeter-se ao exame do DNA, não dispondo o material genético necessário, ainda que a investigante encarregue-se dos honorários do perito, faz presumir a paternidade que lhe é imputada. Conquanto não se possa conduzi-lo sob vara para a concretização do mencionado exame ante as garantias individuais constitucionais, a não-colaboração com a Justiça sem plausível justificação e os artigos 343, § 2º e 359 do CPC transmitem esta exegese.

"Tal conclusão é reforçada se o réu não prova a alegada *exceptium plurium concubentium* e há, nos autos, fortes indícios sobre o envolvimento amoroso e coincidência com a data da concepção do investigante" (A.C. n. 00.017568-4, Rel. Des. Carlos Prudêncio)

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. OFENSA AO ART. 17 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA MULTA EM 1% E INDENIZAÇÃO EM 20% SOBRE O VALOR DA CAUSA.

Age de má-fé o genitor que nega veemente que manteve relações sexuais à época da concepção, bem como se recusa terminantemente à realização do exame de DNA, manuseando o processo com flagrante intenção de procrastinar e dificultar o deslinde da ação. Diante de tal conduta temerária, com fulcro no art. 18 do Código de Processo Civil, nada mais justo do que lhe aplicar a multa de 1% por litigância de má-fé e de 20% a título de perdas e danos sobre o valor da causa.¹⁶⁶ (sem grifo no original)

Portanto, se o pai registral ingressa com ação negatória de paternidade com base na inexistência de consangüinidade, tal pleito é julgado improcedente. Já o filho registrado pelo pai socioafetivo poderá optar pela paternidade que lhe soar mais conveniente, desconstituindo o vínculo paterno-filial anterior em nome de uma parentalidade genética, cujos interesses, muitos vezes, restringem-se a efeitos jurídicos de natureza pecuniária.

Dessa forma, não se pode admitir que os interesses patrimoniais sejam móveis de investigações de paternidade, como ocorre quando o pretendido genitor biológico falece, deixando herança considerável. Repita-se: a investigação de paternidade tem por objeto

¹⁶⁶ SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 1999.019696-8, de Chapecó, Relator Des. Carlos Prudêncio. Data do julgamento: 29-04-2003. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 06 nov. 2008.

assegurar o pai a quem não o tem e nunca para substituir a paternidade socioafetiva pela biológica, até porque esta só se impõe se corresponder àquela.¹⁶⁷

Interessa, na seqüência, analisar o entendimento esposado pelas legislações alienígenas, com especial destaque às lições advindas dos países europeus.

3.1.2.1 Os modelos das legislações européias

Na legislação comparada, pode ser citado o art. 334-9 do Código Civil Francês que dispõe que “todo reconhecimento é nulo, todo pedido de investigação inadmissível quando o filho tenha filiação legítima já estabelecida pela posse de Estado”. É uma lei que prioriza os interesses do filho, trazendo influência de cunho nitidamente sociológico, caracterizado pela verdade afetiva.¹⁶⁸

Já na Alemanha é dito que toda criança tem o direito de ver estabelecida sua filiação paterna. Em caso de inseminação artificial heteróloga, aqueles tribunais atribuem a paternidade ao pai biológico, isto é, “ao doador, que não pode ficar totalmente anônimo”, como noticia Eduardo De Oliveira Leite, mencionado por Welter. Na França – continua o autor – preserva-se o anonimato do doador, o que “significa reconhecer que, nesse País, se optou em favor da prevalência da vontade como valor fundamental da filiação. Isto é, enquanto na Alemanha se privilegiou a mera paternidade biológica, na França, é a paternidade afetiva (ou social) que se impôs como regra”.¹⁶⁹

Para Welter, no Brasil, deveria ser adotado um meio-termo entre essas leis, a saber:

Por isso, para o Brasil, deve ser aplicada parte da legislação alemã e parte da francesa: a) a alemã, porque todo filho, em vista da unidade da filiação e a conseqüente proibição de discriminação, independentemente de sua origem, tem o direito de investigar a paternidade biológica, inclusive contra o (a) doador (a) de sêmen ou de óvulo, na adoção, na inseminação artificial, na gestação substituta, na clonagem, enfim, em qualquer espécie de reprodução humana natural e medicamente assistida, já que faz parte dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, alçados a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito; b) a legislação francesa também deve ser recepcionada, na medida em que, na descoberta da verdade científica, devem ser perseguidos os princípios da

¹⁶⁷ Lôbo, 2006, p.60.

¹⁶⁸ Welter, 2002, p. 48.

¹⁶⁹ Ibid., p. 48-49.

prioridade e prevalência absoluta da criança, pelo que, nesse amplo conceito, a verdade afetiva sobrepuja a biológica.¹⁷⁰

Desse modo, o Brasil deve acolher a legislação francesa de forma mais branda, proibindo-se o reconhecimento da filiação biológica quando já estabelecida a filiação afetiva. No entanto, deverá ser permitido a flexibilização da filiação socioafetiva para investigar a paternidade ou a maternidade para alguns efeitos jurídicos, vez que o filho natural ou o medicamente assistido, seja biológico, seja socioafetivo, tem o direito constitucional de conhecer sua ancestralidade, que faz parte do direito à cidadania e à dignidade humana. Com a formatação da igualdade constitucional da filiação, a não-concessão ao filho sociológico do direito de conhecer a paternidade e maternidade biológica ocasionaria um injustificável retrocesso social dos direitos fundamentais.¹⁷¹

Assim, finaliza Welter que se estabelecida a filiação socioafetiva, seja na reprodução humana natural ou na medicamente assistida, ao filho assiste o direito de ajuizar ação de investigação de paternidade *biológica*, postulando apenas dois efeitos jurídicos: 1) para observar os impedimentos matrimoniais; 2) para preservar a saúde e a vida do filho ou dos pais biológicos, em caso de doenças genéticas graves, pois, em certas circunstâncias, pode-se tornar indispensável a revelação do terceiro doador de sêmen ou óvulo.¹⁷²

Frisa-se, portanto, que ao filho investigante deve ser assegurado o direito a conhecer seus caracteres hereditários, sem que, no entanto, tal prerrogativa não se sobreponha à filiação socioafetiva já edificada, consoante se tratará no próximo sub-capítulo.

3.2 SUPREMACIA DA FILIAÇÃO DECORRENTE DAS RELAÇÕES AFETIVAS

Na tradição do Direito de Família brasileiro, o conflito entre a filiação biológica e a socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção e amparo adequados.¹⁷³

Preceitua Lôbo que

¹⁷⁰ Welter, 2002, p. 50.

¹⁷¹ Ibid., p. 49.

¹⁷² Ibid., p. 50.

¹⁷³ Lôbo, 2004.

ao mesmo tempo em que o direito de família sofreu tão intensas transformações, em seu núcleo estrutural, consolidou-se a refinada elaboração dos direitos da personalidade, nas últimas décadas, voltados à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que Pontes de Miranda denominou "um dos cimos da dimensão jurídica".¹⁷⁴

De fato, o Direito de Família tem se voltado cada vez mais aos direitos e deveres das pessoas do grupo familiar, e aos direitos da personalidade que dizem com a pessoa em si, sem relação originária com qualquer outra ou com a família. A origem genética do indivíduo, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas daquelas que até então se prestava.¹⁷⁵

Em síntese, a nova ordem constitucional não oferece qualquer fundamento para a primazia da filiação biológica. A prevalência não está na Carta dos Princípios de 1988¹⁷⁶, mas na interpretação equivocada que se tem feito, como se o paradigma da filiação não tivesse sido transformado. Prova dessa afirmação, consoante Lôbo, é que, até mesmo no direito anterior, a filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares.¹⁷⁷

Acerca do assunto, assinala Dias que

em tema tão intrincado, em que várias verdades se sobrepõem, mister é estabelecer - ou ao menos tentar - um critério para a identificação dos vínculos de parentalidade. Inquestionavelmente, prevalece a filiação socioafetiva, que se sobrepõe a verdade presumida e também a verdade biológica, pois tem por base um valor maior: o vínculo de afetividade que a constitui. Tem prevalência até sobre a coisa julgada, pois nada deve obstaculizar o estabelecimento do vínculo jurídico para cancelar uma verdade que não existe. Comprovada a posse do estado de filho, ou melhor, o estado de filho afetivo, não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo a justiça, na hora de estabelecer a paternidade, sempre respeitar a verdade da vida, constituída ao longo do tempo.¹⁷⁸

Com efeito, já é incontroverso o entendimento jurisprudencial quando o pai socioafetivo ingressa com demanda judicial intencionando desconstituir o vínculo paterno-

¹⁷⁴ Lôbo, 2004.

¹⁷⁵ Ibid., 2004.

¹⁷⁶ Afirma Lôbo (2006, p. 57): A Constituição tomou partido pelo conceito aberto e inclusivo de paternidade. Não há qualquer preceito constitucional que autorize a confusão entre genitor e pai, ou a primazia da paternidade biológica. Apesar disso, são espantosos e recorrentes os desvios doutrinários e jurisprudenciais, seduzidos pela impressão de certeza de exames genéticos, particularmente do DNA.

¹⁷⁷ Lôbo, op. cit.

¹⁷⁸ Dias, 2006, p. 319-320.

filial, por ele voluntariamente assumido, ao argumento de que não é o pai biológico; de outra monta, inúmeras são as ações judiciais no sentido de garantir ao filho, detentor do estado de filho afetivo, a possibilidade de “substituir” a filiação já consolidada por uma fincada exclusivamente na parentalidade biológica, conforme já mencionado alhures. E é nessa última circunstância que reside o conflito tratado neste trabalho.

Os argumentos favoráveis para contraditar a paternidade socioafetiva já existente, segundo Lôbo, restringem-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre o primeiro aspecto, irresigna-se o autor, na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma construção cultural e não um dado da natureza e que tal contradição torna-se ainda mais gritante quando se maneja o princípio da dignidade humana com intuito de assegurar a uma pessoa o direito à herança deixada pelo suposto genitor.¹⁷⁹

No que tange ao segundo raciocínio, considera o jurista que a utilização freqüente, pela doutrina e jurisprudência, do art. 27 do ECA, o qual estabelece ser o reconhecimento do estado de filiação direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, é outro fundamento que merece ser rechaçado.

O equívoco radica no fato de nele enxergar-se o direito a impugnar paternidade já existente. Estado de filiação, como explicamos, resulta de convivência familiar duradoura. Se já existe, pouco importando sua origem, o art. 27 do ECA é imprestável. Se não existe, ou seja, quando não houver paternidade de qualquer natureza, então o artigo é aplicável, para assegurar o reconhecimento do estado de filiação àquele que nunca o teve.¹⁸⁰

Por certo que na realidade da vida, “o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, erigido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos”. Portanto, não poderia, sequer, haver conflito com outro que ainda não se constituiu.¹⁸¹

A filiação, enquanto repousa sobre o fato carnal da procriação tem, seguramente, um componente biológico, mas não é o único, nem pode ser o mais importante face ao Direito. Como bem asseverou o jurista francês Gérard Cornu, mencionado por Leite, “o direito da filiação não é somente um direito da verdade. É também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa...”. Nesse sentido, há, inclusive, estudos

¹⁷⁹ Lôbo, 2006, p. 57.

¹⁸⁰ Ibid., 2006, p. 57.

¹⁸¹ Id., 2004.

contemporâneos desenvolvidos por psicólogos, comprovando que existe uma afeição que se estabelece durante as primeiras semanas e os primeiros meses de vida, entre uma criança e uma mulher, sentimento este capaz de forjar uma filiação, isto é, um vínculo de amor que nada tem a ver com o elo meramente biológico.¹⁸²

Desse modo,

o papel da afetividade, da vontade manifestada pelo casal nos obriga a raciocinar a filiação em termos diversos dos, até hoje, repetidos pelo mundo jurídico. Nos abre horizontes mais amplos daqueles meramente estabelecidos pelo esquema rígido e, por vezes, pouco humano, das fórmulas infalíveis de prazos ridículos (pensa-se, neste momento, no art. 338 do Código Civil Brasileiro). É chegado o momento de rever a legislação. Não sobre princípios tradicionalmente estabelecidos pela evolução jurídica, mas a partir de “uma revisão dos conceitos e princípios tradicionais sobre a paternidade e a maternidade”.¹⁸³

A paternidade socioafetiva não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da paternidade biológica; ao contrário, é a própria natureza do paradigma atual da paternidade, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. A paternidade é um dever assumido voluntariamente ou por imposição legal, que se consolida na convivência familiar duradoura. Nem toda paternidade socioafetiva resulta do vínculo sanguíneo, e, mesmo que dele não se origine, deve ser amparada pelo direito brasileiro, por vezes que a Carta Magna assegura igualdade de direitos e deveres tanto ao genitor quanto ao pai que assumiu voluntariamente o estado de filiação nas hipóteses de adoção, de inseminação artificial heteróloga e de estado de filho afetivo¹⁸⁴.

Disso decorre que o estado de filiação constituído é inviolável e não pode ser desfeito por decisão judicial, salvo nas situações em que a legislação prevê a perda do poder familiar (art. 1.638 do Código Civil¹⁸⁵). Nessas hipóteses, assim como na adoção e na declaração judicial de posse de estado de filiação, a paternidade do ascendente pode vir a ser desconstituída, já com relação ao doador anônimo de material genético na inseminação artificial heteróloga, esta não poderá ser constituída.¹⁸⁶

¹⁸² Leite, 1994, p. 122.

¹⁸³ Ibid., p. 122.

¹⁸⁴ Lôbo, 2006, p. 60.

¹⁸⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁸⁶ Lôbo, 2006, p. 60.

Logo, toda vez que um estado de filiação estiver constituído na convivência familiar duradoura, com a decorrente paternidade socioafetiva consolidada e passível de comprovação, esta não poderá ser impugnada nem contraditada. A investigação de paternidade, nessa linha de pensamento, somente é cabível quando não houver vínculo paterno-filial, nunca para substituí-lo ou simplesmente desfazê-lo.¹⁸⁷

Com a redefinição de valores e a afetividade lançada à condição de princípio jurídico, é imperioso que o Poder Judiciário, na composição de conflitos que poderão advir de tais formações e rupturas, com a criação dos vínculos socioafetivos, faça a adequação do fato à verdadeira proteção ao sistema.¹⁸⁸

Daí a importância vital da jurisprudência. Destaca Dias que

manter-se o juiz preso a letra da lei significa, à medida que as leis envelhecem, afastar-se cada vez mais das necessidades sociais. Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem de Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o Direito, principalmente, o Direito de Família. Necessário é recorrer a um valor maior, que é o da prevalência da ética nas relações afetivas.¹⁸⁹

Em recente julgado, datado de 19-06-2008, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina firmou entendimento que vai ao encontro do que fora esposado nesse trabalho. O Relator Desembargador Monteiro Rocha, em ação de investigação de paternidade proposta por uma mulher que visava ao reconhecimento da paternidade biológica do suposto pai, com a conseqüente desconstituição do estado de filho afetivo do pai registral, entendeu que “No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica - matéria de ordem pública -, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana”. Assim é a ementa do referido acórdão:

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ALIMENTOS – EXAME DNA POSITIVO – PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU – INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO – CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E INDEFERIMENTO DE 2º EXAME DNA – TESTEMUNHAS DEFERIDAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO – NOVA PERÍCIA – DESNECESSIDADE – LAUDO REGULAR – RECURSO IMPROVIDO – RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE – EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E GENÉTICA – PREVALÊNCIA DAQUELA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – PATERNIDADE

¹⁸⁷ Ibid., p. 50.

¹⁸⁸ FRAGA, Telma. **A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005. 136 p. p.

¹⁸⁹ Dias, 2005. p. 37.

PARA FINS EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICOS – MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL - SENTENÇA REFORMADA.

Não tendo comparecido à audiência as testemunhas que viriam independentemente de intimação, não há cerceamento de defesa porque a desistência de suas oitivas é presumida.

O resultado do exame DNA é prova suficiente para corroborar o estado de filiação afirmado na inicial, dispensando-se sua renovação quando inexistentes vícios capazes de macular o laudo pericial.

No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica - matéria de ordem pública -, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana.

Existindo paternidade socioafetiva simultaneamente com a paternidade biológica, deve esta ser acolhida parcialmente para fins exclusivamente genéticos, sem parentalidade ou consequência sucessória, mas mantendo-se aquela até então existente.¹⁹⁰

Da análise dessa jurisprudência, cumpre ainda destacar o reconhecimento da paternidade biológica para fins exclusivamente genéticos. É que, muito embora a verdade afetiva mereça ser prestigiada, porque a tudo se superpõe, tal não pode servir de obstáculo à pretensão de descobrir a verdade biológica, não revelada em demanda anterior. Como a posse de estado de filho geradora da filiação socioafetiva necessita de comprovação, não cabe negar quer o uso da ação investigatória, quer o da negatória de paternidade. Complementa Dias que

Tanto o filho como o pai, assim identificados judicialmente, podem retornar a juízo, sendo descabido extinguir o processo pelo reconhecimento da coisa julgada. A verdade biológica não foi alvo de apreciação judicial. Como a ação é imprescritível, a qualquer tempo o filho pode ingressar com nova ação de investigação, já que a primeira não foi acolhida por ausência de prova de paternidade. Também o pai, que assim foi reconhecido sem a prova genética, pode buscar em juízo a verdade real da inexistência do vínculo biológico.¹⁹¹

Por conseguinte, ainda que detenha o autor a posse de estado de filho, tal circunstância não obsta a propositura de ação visando à descoberta da verdade biológica, somente impede que se produza a alteração no assento de nascimento do investigante. Isto porque precisa ser assegurado à pessoa o direito de ter acesso irrestrito aos seus caracteres hereditários, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não se pode valorar a identidade biológica sobre os laços de afeição.¹⁹²

No conflito entre o critério biológico e o socioafetivo, a prevalência desse em detrimento daquele é a medida mais adequada em respeito ao princípio da dignidade da

¹⁹⁰ SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.000406-5, de Araranguá, Relator Des. Monteiro Rocha. Data do julgamento: 19-06-2008. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 25 set. 2008.

¹⁹¹ Dias, 2006, p. 320-321.

¹⁹² Dias, 2006, p. 320-321.

pessoa humana. É que os verdadeiros pais, nos dizeres de Eduardo de Oliveira Leite, transcrito por Welter

são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança, “pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo. Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes para os sentidos dela o seu *‘porto seguro’*. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem”. Com razão, assim, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, ao dizer que houve a “desencarnação” da família, consistente na “substituição do elemento carnal ou biológico, pelo elemento psicológico ou afetivo”, ou seja, “o que domina a evolução da família é a tendência inexorável de se tornar cada vez menos organizada e hierarquizada, priorizando cada vez mais o sentimento e a afeição mútua”.¹⁹³

Por tudo que foi aduzido, sustenta-se que há duas verdades em matéria de perfilhação: a biológica e a socioafetiva. Enquanto uma está alicerçada na consangüinidade, a outra expressa a filiação desejada, querida, vivenciada responsabilmente pelo pai no dia-a-dia da existência do filho. Logo, diante dos novos contornos do Direito de Família, matizado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não mais se aceita a insustentável supremacia da paternidade biológica. A nova ética da família permite concluir que na existência de um conflito entre estas verdades, é aquela, sustentada pelo afeto, que deverá prevalecer.

CONCLUSÕES

¹⁹³ Welter, 2002, p. 147-148.

É consenso que a entidade familiar deve ser regida pelo amor, afeto e comunhão de vidas. Todavia, a Justiça brasileira ainda vem atribuindo duvidosa importância à filiação decorrente exclusivamente de vínculos biológicos, mesmos nos casos em que é incontroversa a pré-existência de um estado de filho afetivo. Em razão dessa situação conflituosa, o presente trabalho tratou da filiação socioafetiva, paradigma do atual Direito de Família brasileiro, e sua prevalência quando confrontada com a origem biológica.

Num primeiro momento, fez-se uma necessária imersão histórica ao instituto da filiação, iniciando com as execráveis classificações hierárquicas sedimentadas pelo Código Civil de 1916 até atingir o atual ordenamento civilista, com importante destaque à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que alterou profundamente a regulamentação da filiação, acolhendo todos os filhos, incluindo àqueles que eram legalmente preteridos, a partir da máxima que todos os filhos são iguais, independente da origem.

Por conseguinte, a nova ordem constitucional sepultou todas as espécies legislativas que ainda discriminavam os filhos, determinando um tratamento igualitário a qualquer tipo de filiação, assegurando, ainda, a todo indivíduo, o direito personalíssimo de conhecer suas origens e seus parentes consangüíneos. É certo que ao admitir uma pluralidade de organizações familiares, a Carta Maior reconheceu que novos valores precisariam ser prestigiados no Direito de Família, tais como o afeto e a ética. Nesse contexto que se insere a filiação socioafetiva, tratada detidamente no segundo capítulo deste trabalho, que objetivou abarcar suas características, meios de prova e previsão legal.

Observou-se, na seqüência, que o exame de DNA cumpre papel fundamental nas ações que visam à investigação e/ou ao reconhecimento de parentalidade, alcançando uma certeza tida como “absoluta”, no que diz respeito à existência de vínculo biológico entre supostos filho e pai. Entretanto, a problemática que se quis abordar reside nas situações em que a pessoa, que busca conhecer suas origens biológicas, já apresenta um relacionamento paternal consolidado com outrem, o qual vem desempenhando na convivência diária o papel de pai socioafetivo.

Ocorre que os progressos da engenharia genética conduziram, inevitavelmente, à valorização das relações paterno-filiais estabelecidas e reconhecidas a partir da consideração exclusiva dos laços de sangue, esquecendo-se que a verdadeira paternidade não se esgota na mera consideração física da hereditariedade, mas é feita de laços afetivos, história pessoal formada por alegrias e tristezas, redes de parentesco, de apoio, de comprometimento, de

influência ambiental, elementos que a perícia genética jamais poderia hospedar, visto que não é o elo bioquímico que indica a figura do *pai*, mas, sim, a dedicação e o amor com que alguém se entrega ao bem do *filho*. A real paternidade não é simplesmente um fato biológico, mas um fato da cultura e da convivência.

Por outro lado, a presente monografia tratou de reverenciar também a busca pela origem biológica, a qual deve continuar sendo albergada pelo Direito e pelo Poder Judiciário pátrios, pois ter acesso às características hereditárias é um direito personalíssimo, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que não deve ser tolhido do indivíduo. Salienta-se, ao exposto, que a averiguação de ancestralidade não se cuida de mera curiosidade do indivíduo. De posse de seus ascendentes genéticos, a pessoa poderá adotar medidas profiláticas para a preservação de sua saúde e de sua vida.

Portanto, no estágio em que se encontra o Direito de Família, há de se distinguir o direito à filiação e o direito de conhecer a origem genética. Consoante mencionado, o reconhecimento de um não pode obstar o do outro, uma vez que o primeiro é um direito da personalidade, somente podendo servir de meio de prova para reconhecer judicialmente a paternidade ou maternidade se não houver estado de filiação socioafetivo constituído, jamais para impugná-lo.

O desafio que se coloca atualmente aos juristas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua essência, restaurando, desse modo, a primazia da pessoa humana, uma vez que em se tratando de filiação, esta somente pode prosperar no terreno da afetividade que une pais e filhos, independente da coexistência de um vínculo biológico.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese n.14, p. 5-10, jul. 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho: paternidade sócio afetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 170 p.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 253 p.

BRASIL. **Código Civil - Lei n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF: Senado Federal, 1916.

_____. **Código Civil - Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

_____. **Código Penal - Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CARVALHO NETO, Inácio de. A filiação no Novo Código Civil. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX n. 124, p. 42-43, mar. 2002.

DIAFÉRIA, Adriana. Código de ética de manipulação genética: alcance e interface com regulamentações correlatas. **Parcerias Estratégicas / Centro de Gestão e Estudos Estratégicos**, Brasília: CGEE n. 16, p. 101-114, out. 2002.

DIAS, Maria Berenice. A ética do afeto. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto/SP, Nacional de Direito Livraria Editora Ltda., n.69, p. 34-37, set. 2005.

_____. As famílias de hoje. **Espaço Jurídico/ Revista Jurídica de Direito**, São Miguel do Oeste, UNOESC v.2, n. 2 (2º sem. 2000), p. 147-150, jul. 2000.

_____. Família, Ética e Afeto. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX n.174, p. 34-35, abr. 2004.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Quem é o pai? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese n.15, p. 5-14, out. 2002.

_____. Sociedade de afeto: um nome para a família. **Revista Brasileira de Direito de**

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e Direito à Identidade Genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 151 p.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.55, n.362, p. 43-60, dez. 2007.

_____. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 378 p.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris: 1992.

FRAGA, Telma. **A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005. 136 p.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de Paternidade**. São Paulo: LTr, 1997. 263 p.

GOMES, Renata Raupp. **A construção do Novo Paradigma Jurídico-Familiar na Ordem Constitucional de 1988**. 1996. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas – especialidade Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. VI: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. 649 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica de filiação**. In: Repertório de Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais, vol. 4, p. 188-221.

_____. Os sete pecados capitais do novo direito de família. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, RT n.833, p. 66-81, mar. 2005.

_____. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 156 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal v.141, p. 99-109, jan. 1999.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em 23 maio 2008.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301-STJ. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, CONSULEX n. 223, p. 56-60. abr. 2006.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, RT n.3, p. 35-41, jul. 2000.

OLIVEIRA, Hildoberto Carneiro de; LEMGRUBER, Ivan. **Tratado de Ginecologia FEBRASGO**. vol. I Reimpressão de 2001. Rio de Janeiro: REVINTER, 790 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 335 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 214 p.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 1999.019696-8, de Chapecó**, Relator Des. Carlos Prudêncio. Data do julgamento: 29-04-2003. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 06 nov. 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2002.024493-2, de Lages**, Relatora Des^a. Salete Silva Sommariva. Data do julgamento: 03-06-2003. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 12 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2005.000406-5, de Araranguá**, Relator Des. Monteiro Rocha. Data do julgamento: 19-06-2008. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 25 set. 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2005.022985-6, de Lages**, Relator Des. Marcus Túlio Sartorato. Data do julgamento: 09-12-2005. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em 08 out. 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação – aspectos constitucionais, civis e penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 390 p., p. 235-259.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Biblioteca Universitária. Serviço de Referência. **Normalização de Trabalhos**. Apresenta normas ABNT para referências bibliográfica, para preparação de trabalhos acadêmicos, para citação em documento, entre outros. Disponível em: < <http://www.bu.ufsc.br/modules/conteudo/index.php?id=14> >. Acesso em: 10 nov. 2008.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. 228 p.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 268 p.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese n.14, p. 128-163, jul. 2002.